



*Rechtsprechung aktuell:
Neue Entwicklungen im Strafrecht (2024)*

Skript zum Nachweis von
2,5 Fortbildungsstunden
im Selbststudium gemäß § 15 Abs. 4 FAO

Herzlich Willkommen zu Ihrer Fortbildung gemäß § 15 Abs. 4 FAO!

Bitte widmen Sie sich den in diesem Skript dargelegten Entscheidungen innerhalb der vorgesehenen Zeit von 2,5 Stunden. Nach Bearbeitung dieses Materials erreichen Sie über die Seminarseite die Lernerfolgskontrolle, die im Multiple-Choice-Format stattfindet. Die Lernerfolgskontrolle fokussiert sich ausschließlich auf den Inhalt des Skripts.

Im Anschluss an die Online-Lernerfolgskontrolle leiten wir Sie zur Zahlungsseite weiter, wo Sie die Kursgebühr entrichten können. Nach erfolgreichem Abschluss der Kontrolle und Eingang Ihrer Zahlung senden wir Ihnen spätestens am nächsten Werktag die für den Nachweis Ihrer Fortbildung nötigen Unterlagen per E-Mail zu.

Sollten Sie die erforderliche Mindestpunktzahl in der Lernerfolgskontrolle (mindestens 70% korrekte Antworten) nicht erreichen, bieten wir Ihnen die Möglichkeit, Ihr Studium des Skripts zu vertiefen und die Lernerfolgskontrolle erneut und ohne zusätzliche Kosten zu absolvieren.

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg bei Ihrer Fortbildung!

Ihr Team von

Hanse Seminare

Entscheidung 1 - OLG Schleswig Urteil vom 9.8.2023 – 1 ORs 4 Ss 7/23

Tenor:

Das Urteil des Amtsgerichts Flensburg vom 7. November 2022 wird mit den zugrundeliegenden Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu erneuter Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten des Revisionsverfahrens – an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Flensburg zurückverwiesen.

Gründe:

Auf Antrag der Staatsanwaltschaft Flensburg hatte das Amtsgericht Flensburg zunächst gegen den Angeklagten einen Strafbefehl mit dem Vorwurf des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) erlassen und gegen ihn eine Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu je 15,00 € festgesetzt. Nach Einspruch des Angeklagten gegen den Strafbefehl hat das Amtsgericht ihn durch das angefochtene Urteil von diesem Vorwurf aus Rechtsgründen freigesprochen.

Hiergegen richtet sich die Revision der Staatsanwaltschaft, die mit der im Einzelnen ausgeführten Rüge der Verletzung materiellen Rechts begründet wird.

Die Generalstaatsanwaltschaft Schleswig-Holstein ist der Revision mit einer ergänzenden eigenen Begründung beigetreten.

I.

Das Amtsgericht hat – offenbar teilweise der Einlassung des Angeklagten entsprechend – folgende Feststellungen getroffen:

Am 01.10.2020 begaben sich etwa 20 Personen auf das Privatgrundstück der J. In der Folgezeit ab dem 01.10.2020 wurden auf den auf dem Grundstück befindlichen Bäumen mehrere Baumhäuser errichtet, in welchen Personen verweilten. Das Grundstück, auf welchem sich zu diesem Zeitpunkt ein Wald befand, war dabei in östlicher Richtung zu dem angrenzenden Gehweg der B. mit einem ca. 1,10 Meter hohen durchgängigen Zaun abgegrenzt. Daneben war das Grundstück an einem angrenzenden Hang mit einem durchgängigen Maschendrahtzaun mit einer Höhe von etwa 2 Metern umgrenzt. In südlicher Richtung war das Grundstück mit einem weiteren Maschendrahtzaun eingegrenzt, wovon auf einer Länge von etwa 3 Metern erkennbare Reste vorhanden waren. An der hinteren Ecke dieses Zaunes befand sich auf der Höhe eines dort vorhandenen Parkplatzes eine Öffnung. In westlicher Richtung wurde das Grundstück über einen rudimentär vorhandenen Maschendrahtzaun mit einer Höhe von etwa 2 Metern umschlossen. In nördlicher Richtung war das Grundstück durch die natürliche Vegetation zu dem angrenzenden, ebenfalls umgrenzten Grundstück der Deutschen Post sowie durch Reste von Zaunpfosten eines ehemals vorhandenen Zauns umgrenzt.

Dem Grundstückseigentümer ist von der Stadt F. die Baugenehmigung zur Bebauung des Grundstücks mit einem Hotel erteilt worden. Für diesen Hotelneubau war die Rodung von weiten Teilen des vorhandenen Baumbestandes erforderlich. Gegen die erteilte Baugenehmigung sowie gegen die Entwidmung des Waldes wurde von Umwelt- und Klimaschützern eine Klage vor dem Verwaltungsgericht Schleswig erhoben. Flankierend gab es mindestens seit Oktober 2020 Demonstrationen und Mahnwachen im Bereich des Bahnhofswaldes für die Erhaltung des Waldes und gegen den Neubau.

Am Morgen des 19.02.2021 wurden wesentliche Bereiche des Grundstücks von einer privaten Firma vollständig mit Bauzäunen eingezäunt und es wurde innerhalb dieses Bereiches mit der Rodung

begonnen. Ab diesem Zeitpunkt war das Grundstück dergestalt von Polizisten umstellt, dass niemand ungesehen auf das Grundstück oder von dem Grundstück gelangen konnte.

Der Angeklagte befand sich am Morgen des 19.02.2021 auf dem Grundstück auf einem Baum und verweilte dort, jeweils auf einem der Bäume, bis zum 22.02.2021 um 20.22 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt seilte er sich selbst aus dem Baum ab und verließ anschließend das Grundstück. Er handelte bei seinem Verweilen in der Absicht, die geplante Fällung der Bäume auf dem Grundstück zwecks Errichtung eines Gebäudes zu verhindern.

Der Geschäftsführer der Eigentümergesellschaft hat fristgerecht einen Strafantrag gegen den Angeklagten wegen Hausfriedensbruches gestellt.

Ferner wertete das Amtsgericht die Tatsache, dass sich die J. am Morgen des 19.02.2021 genötigt sah, das Grundstück bzw. den zu rodenden Bereich vollständig mit einem Bauzaun einzugrenzen, als Hinweis darauf, dass selbst sie als Eigentümerin die bis dahin vorhandenen Zaunreste nicht als ausreichende physische Sicherung betrachtete, das Grundstück nicht zu betreten. In der Hauptverhandlung hätten sich auch deutliche Hinweise darauf ergeben, dass die Eigentümerin das Betreten des Grundstücks mindestens bis Oktober 2020 hingenommen habe und das Grundstück mithin habe beliebig betreten werden können (UA S. 5, Abs. 1).

II.

Die Revision ist zulässig und begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung.

Die Revision ist als sogenannte Sprungrevision (§ 335 Abs. 1 StPO) gegen das Urteil des Amtsgerichts statthaft und führt – unter Auslassung der zweiten Tatsacheninstanz vor dem Landgericht als Berufungsgericht – unmittelbar zur Entscheidung durch den Senat (§ 335 Abs. 2 StPO).

Sie ist auch zulässig, denn sie ist fristgerecht eingelegt (§ 341 Abs. 1 StPO) und sodann form- und fristgerecht (§§ 344, 345 StPO) begründet worden.

Die Revision ist auch in der Sache begründet.

1. Das Amtsgericht hat möglicherweise zu Unrecht die Tatbestandsvariante des widerrechtlichen Eindringens gem. § 123 Abs. 1 S. 1 1. Alt. StGB ausgeschlossen. In Bezug auf diese Tatbestandsvariante sind die Feststellungen des Amtsgerichts lückenhaft und daher sachlich-rechtlich fehlerhaft.

a) In rechtlicher Hinsicht hält das Urteil insoweit nur fest, dass ein widerrechtliches Eindringen nicht habe festgestellt werden können.

b) Auf der Grundlage der oben dargestellten Feststellungen kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass der Angeklagte widerrechtlich in befriedetes Besitztum eines anderen gem. § 123 Abs. 1 StGB eingedrungen ist. Aufgrund der Sachverhaltsfeststellung ist unklar, ob trotz der Rudimente noch erkennbar war, dass es sich um ein abgegrenztes Grundstück handelte. Offen bleibt, ob in südlicher Richtung nur auf einer Länge von drei Metern noch Zaunreste vorhanden waren und das Grundstück im Übrigen frei zugänglich war oder ob das Grundstück in südlicher Richtung eingezäunt war und sich lediglich am Ende es Zaunes eine Öffnung befunden hat, von der das Amtsgericht auch nicht mitteilt, wie diese Öffnung beschaffen war.

Befriedetes Besitztum i.S.d. § 123 Abs. 1 StGB liegt bereits vor, wenn ein Grundstück in äußerlich erkennbarer Weise von der übrigen Umgebung hinreichend abgegrenzt und gegen das Betreten durch

Unbefugte gesichert ist. Dabei ist es unschädlich, wenn die Einfriedung leicht überwunden werden kann oder einzelne Öffnungen aufweist, wobei Verbotsschilder allein nicht ausreichen (MüKo-StGB/Feilcke, StGB, Band 3, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 14; LK/Krüger, StGB, Band 8, 13. Aufl. 2020, § 123 Rn. 20). Ob eine solche Einfriedung äußerlich erkennbar war, ist Tatfrage und lässt sich aufgrund der Sachverhaltsschilderung des Urteils nicht feststellen.

Ferner entsteht der Eindruck, das Amtsgericht werte den Umstand, dass die Grundstückseigentümerin das Betreten ihres Grundstücks „hingenommen“ haben könnte, als Einverständnis in das Eindringen auf das Grundstück. Eine Duldung kann aber nur dann als tatbestandsausschließendes Einverständnis gewertet werden, wenn nicht mehr erkennbar war, dass das Grundstück nicht mehr betreten werden soll. Dies muss sich aus den objektiven Umständen ergeben. Auch das wird aus den vorliegenden Urteilsfeststellungen nicht deutlich. Auf die subjektive Einschätzung des Angeklagten kommt es nur insoweit an, als die irrtümliche Annahme eines tatbestandlichen Einverständnisses einen vorsatzausschließenden Irrtum gem. § 16 I StGB begründen könnte.

Ein Einverständnis kann auf der Grundlage der Sachverhaltsfeststellungen auch nicht auf § 17 LWaldG gestützt werden. Zunächst kann aufgrund der Lückenhaftigkeit der Sachverhaltsfeststellungen nicht beurteilt werden, ob das vorliegende Grundstück überhaupt die Voraussetzungen eines Waldes i.S.d. § 2 S. 1, S. 3 Nr. 1 LWaldG erfüllt. Hierzu dürfte zunächst eine gewisse – überdurchschnittliche – Grundstücksgröße Voraussetzung sein; auch müssten in einer gewissen Anzahl Bäume gewisser Größe und gewissen Alters vorhanden sein. Ferner gibt der Sachverhalt Anlass zu der Annahme gibt, dass der Angeklagte das Waldgrundstück nicht zum Zwecke der Erholung betreten hat.

2. Durchgreifende Bedenken begegnet der auf den Notstand gem. § 34 StGB gestützte Freispruch des Angeklagten.

a) In rechtlicher Hinsicht hat das Amtsgericht angenommen, dass der Angeklagte nicht rechtswidrig gehandelt habe, weil der Rechtfertigungsgrund des rechtfertigenden Notstands gem. § 34 StGB erfüllt sei. Der Angeklagte habe gehandelt, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr (UA, S. 8) von einem notstandsfähigen Rechtsgut abzuwenden und habe dafür auch das im konkreten Fall mildeste geeignete Mittel verwendet. Die Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, habe ergeben, dass das geschützte Interesse das beeinträchtigte Rechtsgut wesentlich überwiege. Die Tat sei auch ein angemessenes Mittel, die Gefahr abzuwenden.

b) Ausgehend von den bisherigen Feststellungen war die Tat des Angeklagten nicht gem. § 34 StGB gerechtfertigt.

aa) § 34 StGB setzt zunächst eine Notstandslage, also eine gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut voraus.

(1) Das Amtsgericht hat zutreffend eine Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut angenommen.

(a) Wie das Amtsgericht zutreffend ausführt, ist ein menschengerechtes globales Erdklima ein notstandsfähiges Rechtsgut i.S.d. § 34 StGB.

Art. 20a GG verpflichtet den Staat zum Klimaschutz (BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, BVerfGE 157, 30, 138, Rn. 198). Das „menschengerechte Klima“ ist damit Bestandteil der natürlichen Lebensgrundlagen i.S.v. Art. 20 a GG und folglich ein rechtlich anerkanntes kollektives Rechtsgut (Zimmermann/Griesar, JuS 2023, 401, 404), dessen Schutz von § 34 StGB erfasst wird.

Soweit teilweise die Anwendung des § 34 StGB auf kollektive Rechtsgüter abgelehnt wird (so Matt/Renzikowski/Engländer, StGB, 2. Aufl., 2020, § 34 Rn. 19; NK-StGB/Neumann, StGB, Band 1, 6. Aufl. 2023, § 34 Rn. 22), ist dem entgegenzuhalten, dass diese Auslegung den Wortlaut der Norm nicht ausreichend berücksichtigt. § 34 StGB erwähnt ausdrücklich die Formulierung „oder ein anderes Rechtsgut“, was auch allgemeine Rechtsgüter einschließt. Die explizite Aufzählung von Individualrechtsgütern betont lediglich deren besondere Bedeutung. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass nur Individualrechtsgüter notstandsfähig sind. Der Ausdruck „oder einem anderen“ verdeutlicht lediglich, dass § 34 StGB auch die Notstandshilfe erfasst (LK/Zieschang, StGB, Band 3, 13. Aufl. 2019, § 34 Rn. 54).

Der Senat bezweifelt allerdings, dass das Rechtsgut „Klima“ – wie das Amtsgericht meint – auch individualverfassungsrechtlich in den Grundrechten des Grundgesetzes seine positivrechtliche Basis findet (so auch Engländer, JZ 2023, 255, 257). Letztlich kommt es aber nicht darauf an, ob das Klima auch als Individualrechtsgut verstanden werden kann, denn ein globaler Temperaturanstieg um mehr als 3 °C bis zum Jahr 2100, der ohne zusätzliche Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels als wahrscheinlich gilt (BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, BVerfGE 157, 30, 54 f., Rn. 22 m.w.Nachw.), betrifft nicht nur das Rechtsgut „Klima“. Vielmehr haben klimabedingte Extremwetterereignisse wie Hitzewellen, Dürren, Starkregen, Überschwemmungen, Wirbelstürme sowie Wald- und Flächenbrände (BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, BVerfGE 157, 30, 55 Rn. 23) auch Auswirkungen auf Individualgrundrechte wie Leib, Leben, Freiheit und Eigentum, bei denen es sich zweifelsohne um von § 34 StGB erfasste notstandsfähige Rechtsgüter handelt.

(b) Die kollektiven und individualschützenden Rechtsgüter sind auch gefährdet.

Gefahr ist ein Zustand, bei dem es nach den konkreten tatsächlichen Umständen wahrscheinlich ist, dass es zum Eintritt eines schädigenden Ereignisses kommt (BGHSt 61, 202, 205; SSW/Rosenau, StGB, 5. Aufl. 2021, § 34 Rn. 8; SK-StGB/Hoyer, StGB, 10. Aufl. 2023, § 34 Rn. 13). Maßstab für die Gefahrenbeurteilung ist eine objektivierte ex-ante Perspektive (BGHSt 48, 255, 258; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 34 Rn. 2).

Auf der Grundlage des derzeitigen wissenschaftlichen Kenntnisstands – einer ex-ante Perspektive – verbleiben die anthropogenen CO₂-Emissionen langfristig in der Atmosphäre. Dadurch wird die Absorptionsfähigkeit der Wärmestrahlung der Erdatmosphäre gesteigert, mit der Folge, dass sich die Erdtemperatur erhöht (Bakan/Raschke, *promet* 28 [2002], Heft 3/4, 85 ff.). Im Gegensatz zu anderen Treibhausgasen wird CO₂ nicht in einem für die Menschheit relevanten Zeitraum aus der Atmosphäre entfernt. Jede zusätzliche Menge an CO₂, die in die Atmosphäre gelangt und nicht künstlich wieder entfernt wird, führt zu einer dauerhaften Erhöhung der CO₂-Konzentration und einem weiteren Temperaturanstieg. Selbst wenn die Treibhausgaskonzentration nicht weiter steigt, bleibt dieser Temperaturanstieg bestehen. „Bei einem globalen Temperaturanstieg um mehr als 3 °C bis zum Jahr 2100, der ohne zusätzliche Maßnahmen zur Bekämpfung des Klimawandels als wahrscheinlich gilt, werden drastische Folgen der Erderwärmung und des Klimawandels erwartet“ (BMU, Klimaschutz in Zahlen, Ausgabe 2019, S. 6 f.). Aber auch bei einem geringeren Temperaturanstieg hat der Klimawandel bereits erhebliche negative Folgen für Menschen und Gesellschaften“ (BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, BVerfGE 157, 30, 55, Rn. 22).

Ein wärmeres Klima kann nicht nur Ökosysteme destabilisieren und die Artenvielfalt gefährden, sondern führt durch das Schmelzen von Gletschern und Eisschelfen sowie durch die thermische Ausdehnung der Ozeane auch zu einem Anstieg des Meeresspiegels, wodurch Küstengebiete gefährdet und das Trinkwasserangebot bedroht werden können. Der Klimawandel kann ferner die

landwirtschaftliche Produktion beeinträchtigen, da sich die Bedingungen für den Anbau von Nutzpflanzen verändern. Dies könnte zu Ernteeinbußen und Nahrungsmittelknappheit führen (Latif, Heißezeit, 2020, S. 43). Ein Temperaturanstieg führt ferner zu hitzebedingten Gesundheitsproblemen wie Hitzschlag und Hitzestress. Außerdem können sich Krankheiten aufgrund veränderter Verbreitungsgebiete von Krankheitserregern weiter ausbreiten (vgl. Rahmstorf/Schellnhuber, Der Klimawandel, 9. Aufl. 2019, S. 77; SRU [Sachverständigenrat für Umweltfragen], demokratisch regieren in ökologischen Grenzen – Zur Legitimation von Umweltpolitik, Sondergutachten, 2019, S. 34 ff.; siehe auch Bönte, HRRS 2021, 164, 165 ff.).

Soweit teilweise die Auffassung vertreten wird, eine Gefahr für das Rechtsgut Klima könne aus Gründen des Rechtsstaatsprinzips und der Gewaltenteilung nur von klimaschutzrechtswidrigen Maßnahmen ausgehen (so Schmidt, KlimR 2023, 16, 18), etwa einer Rodung ohne Baugenehmigung, ist dem entgegenzuhalten, dass die beschriebenen Gefahren, die mit einer Erderwärmung einhergehen, das Ergebnis alltäglichen, sozialadäquaten und damit rechtmäßigen Verhaltens sind. Menschliches Verhalten ist so eng mit klimaschädlichen Handlungsweisen verbunden, dass die Gefährdung des Klimas gerade darauf beruht, dass CO₂-emittierendes Verhalten legitim und sozialadäquat ist. Das bedeutet, dass die Tatsache, dass CO₂-emittierendes Verhalten erlaubt und nicht verboten ist, die Hauptursache für die mit dem Klimawandel verbundenen Gefahren ist. Die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens ist jedoch nicht in der Lage, die tatsächliche Gefahr zu beseitigen, die mit diesem Verhalten verbunden ist.

(2) Zu Recht ist das Amtsgericht davon ausgegangen, dass die beschriebene Gefahr für das Klima und die individuellen Rechtsgüter auch gegenwärtig ist.

Zwar werden viele Auswirkungen der globalen Erwärmung erst mit einer erheblichen Zeitverzögerung von mehreren Jahrzehnten auftreten. Allerdings ist die Gefahr auch dann noch gegenwärtig, wenn der Schadenseintritt in zeitlicher Ferne liegt, die Gefahr aber nicht mehr ohne weiteres zu einem späteren Zeitpunkt abgewendet werden kann (MüKo-StGB/Erb, StGB, Band 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 94; Schönke/Schröder/Perron, StGB, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 17; Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 20). Wenn die CO₂-Emission nicht alsbald reduziert werden, sind bestimmte Prozesse nach Überschreiten einer bestimmten Erwärmungsgrenze nicht mehr aufzuhalten, und zwar selbst dann nicht mehr, wenn später keine Treibhausgase mehr emittiert werden. Die Natur und ihre Ökosysteme sind dann nicht mehr in der Lage, sich zuverlässig zu regenerieren. Die Wissenschaft spricht in diesem Zusammenhang von Kipppunkten oder Kaskadeneffekten mit der Folge, dass der Klimawandel, die dauerhafte Erderwärmung mit den oben beschriebenen Auswirkungen, nicht mehr aufzuhalten wäre (BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, BVerfGE 157, 30, 54, Rn. 21) und daher jetzt gegengesteuert werden muss, um die Folgen des Klimawandels zu stoppen.

Da das Schicksal der Individualrechtsgüter unmittelbar von der Erhaltung eines menschenwürdigen Klimas abhängt, besteht derzeit nicht nur eine gegenwärtige Gefahr für das Kollektivrechtsgut „Klima“, sondern auch für die Individualrechtsgüter.

bb) Weiter setzt § 34 StGB voraus, dass die Gefahr nicht anders abwendbar sein darf als durch die Notstandshandlung. Insoweit muss die Notstandshandlung zur Gefahrenabwehr geeignet sein und das mildeste zur Verfügung stehende Mittel darstellen.

Im Ergebnis liegt hier jedoch keine zulässige Notstandshandlung vor. Denn auch wenn man die Gefahr zwar nicht für anders abwendbar hält (1), war sie jedenfalls nicht angemessen (2).

(1) Der Senat neigt zu der Annahme, dass die Gefahr nicht anders abwendbar war.

(a) Das Verhalten des Angeklagten kann jedenfalls dann als geeignet angesehen werden, wenn der Angeklagte durch sein Verhalten das Fällen eines Baumes – wenn auch nur zeitweise – verhindert hat (i). Eine Eignung ist dagegen abzulehnen, wenn es dem Angeklagten ausschließlich darum gegangen sein sollte, Klimaschutz mit den Mitteln des Protestes zu erreichen (ii).

(i) Die Rechtfertigung einer Maßnahme wegen fehlender Eignung scheidet nach allgemeiner Meinung nur dann aus, wenn sie von vornherein entweder völlig nutzlos erscheint oder nur mit einer ganz unwesentlichen Erhöhung der Rettungschancen verbunden ist (OLG Naumburg, Urt. v. 22.2.2018 – 2 Rv 157/17, NJW 2018, 2064, 2065; MüKo-StGB/Erb, StGB, Band 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 110; Matt/Renzikowski/Engländer, StGB, 2. Aufl., 2020, § 34 Rn. 20). Grundsätzlich ist hier ein strenger Maßstab anzulegen, damit nicht nutzlos in fremde Rechtsgüter eingegriffen wird (Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 16 Rn. 23).

Die Revision macht geltend, es sei schon nicht messbar, dass die Besetzung eines Grundstücks zur Verhinderung der Fällung der dort befindlichen Bäume den Klimawandel überhaupt verhindern könne und lehnt daher die Geeignetheit der Notstandshandlung ab (Bl. 139 d. A, i.E. auch OLG Celle, Beschluss vom 29.7.2022 – 2 Ss 91/22, BeckRS 2022, 21494; Engländer, JZ 2023, 255, 257; Zieschang, JR 2023, 142, 144; Schmidt, KlimR 2023, 16, 19; Wagner, NJW 2021, 2256, 2257).

Der Senat hat jedoch Zweifel, ob die Notstandshandlung gänzlich ungeeignet war. Der Schutz des Klimas erfordert eine Begrenzung des Temperaturanstiegs, und dies wiederum setzt eine Reduzierung der CO₂-Emissionen voraus. Eine Notstandshandlung zum Schutze des Klimas setzt also eine CO₂-Reduktion voraus.

Die Grundstücksbesetzung zur Verhinderung der Baumfällungen dient dazu, CO₂-Emissionen – wenn auch nur kurzfristig – zu verhindern. Gleichwohl liegt es auf der Hand, dass das Klima nicht dadurch gerettet und der Klimawandel nicht dadurch aufgehalten werden kann, dass die Fällung eines oder mehrerer Bäume oder gar eines ganzen Waldes durch eine Grundstücksbesetzung verhindert wird. Ebenso offensichtlich ist es aber, dass das Klima nicht durch CO₂-emittierende Handlungen einzelner Menschen oder einzelner Unternehmen dauerhaft geschädigt wird. Auf der Grundlage des Kumulationsgedankens können kollektive Rechtsgüter grundsätzlich nicht durch das Verhalten Einzelner beeinträchtigt werden, vielmehr sind erst das Verhalten einer hinreichend großen Zahl rechtsgutsrelevant (Hefendehl, in: Rechtsgutstheorie, 2003, S. 119, 131). Klimaschäden sind daher grundsätzlich nicht auf individuelles Handeln zurückzuführen (Gruber, JZ 2023, 427). Dies gilt insbesondere auch für CO₂-emittierende Verhaltensweisen, die den menschlichen Alltag kennzeichnen. Das führt aber zu dem zwingenden Umkehrschluss, dass das Klima nicht durch das Verhalten Einzelner endgültig gerettet werden kann bzw. dass die Rettung des Klimas sich jedenfalls nicht auf individuelles Handeln zurückführen lässt. Das BVerfG hat ausgeführt: „So oder so kann dem Gebot, nationale Klimaschutzmaßnahmen zu ergreifen, nicht entgegengehalten werden, sie könnten den Klimawandel nicht stoppen.“ (BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, BVerfGE 157, 30, 141 f., Rn. 202). Deutschland sei nicht allein in der Lage, den Klimawandel anzuhalten. „Dabei könnte sich der Staat seiner Verantwortung auch nicht durch den Hinweis auf die Treibhausgasemissionen in anderen Staaten entziehen.“ (BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, BVerfGE 157, 30, 142, Rn. 203). Dahinter steht der allgemeine Rechtsgedanke, dass man sich nicht auf die Ungeeignetheit einer Klimaschutzmaßnahme berufen kann, nur weil diese allein nicht geeignet ist, das Klima insgesamt zu retten. Vielmehr gilt danach: Jeder Beitrag zählt (Wischmeyer, NZM 2023, 406, 412; dies ist explizit die offizielle Lesart der Bundesregierung: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/schwerpunkte/klimaschutz/unser-klimaschutz-jeder-beitrag-zaehlt-1806100>).

Zwar wird das (Welt-)Klima nicht dadurch gerettet, dass ein Baum nicht gefällt wird, aber jeder Beitrag, der positive CO₂-Emissionen verhindert, verringert den anthropogenen Treibhauseffekt und

ist damit geeignet, den Klimawandel und seine Folgen zu bremsen. Eine Quantifizierung der eingetretenen Verringerung ist dabei nicht erforderlich. Eine andere Sichtweise würde der kollektiven Dimension des Klimaschutzes nicht gerecht und würde letztlich jede Form des Klimaschutzes überflüssig machen, weil sich jede Person auf die Wirkungslosigkeit ihres Verhaltens berufen könnte.

Wollte man dies mit Blick auf § 34 StGB anders sehen, würde erst die kumulative, mittäterschaftlich organisierte, weltweite, gleichzeitige Besetzung vieler Grundstücke zum Schutz von Bäumen durch viele Klimaaktive die einzelne Tat in einem rechtfertigenden Licht erscheinen lassen, auch wenn dieser Gesichtspunkt dem jeweils geschädigten Grundstückseigentümer gleichgültig sein dürfte oder ihn sogar stärker schädigen könnte (i.d.S. auch Jahn, JuS 2023, 82, 83; Schneider, ZJS 2022, 928, 931).

(ii) Sollte der Angeklagte jedoch bezweckt habe, das Rechtsgut Klima ausschließlich dadurch zu schützen, dass er durch sein Verhalten auf klimaschädliche Gefahren aufmerksam macht, um dadurch politischen Druck auszuüben, mit dem Ziel Regelungen für einen umfassenderen Klimaschutz zu erreichen, hat der Senat Bedenken an der Geeignetheit der Notstandshandlung.

Zwar zählt – wie soeben dargestellt – jeder Beitrag, um das Klima zu schützen. Insoweit können aber für die Frage, ob die Tat gem. § 34 StGB gerechtfertigt ist, nur solche Notstandshandlungen berücksichtigt werden, die CO₂-Emissionen in der konkreten Notstandssituation mindern, wobei es auf quantitative Erwägungen nicht ankommen kann. Keine Berücksichtigung können dagegen Handlungen finden, durch die die Minderung der CO₂-Emissionen erst mittelbar durch politische Einflussnahme und gesetzliche Änderungen erreicht wird. Zum Zeitpunkt der Tat muss vielmehr ein kausaler Wirkungszusammenhang zwischen der Notstandshandlung und der CO₂-Reduktion vorliegen.

Sogenannte Fernziele, wie sie bei der Verwerflichkeitsprüfung i.S.d. § 240 StGB – wenn überhaupt – nur sehr eingeschränkt berücksichtigt werden dürfen (Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Auflage 2023, § 240 Rn. 18a), finden im Rahmen der Geeignetheitsprüfung i.S.d. § 34 keine Berücksichtigung. Der Grund hierfür liegt darin, dass es sich bei den Fernzielen im Zeitpunkt der Notstandshandlung um reine Zielvorstellungen handelt, die ausschließlich auf der subjektiven Vorstellung des Notstandstäters beruhen. Die Eignung einer Maßnahme zur Gefahrenabwehr ist aber ebenfalls auf der Grundlage einer objektivierten Perspektive zu beurteilen, wobei teilweise nicht nur eine ex-ante Perspektive, sondern ein strenger ex-post-Maßstab gefordert wird (dazu MüKo-StGB/Erb, StGB, Band 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 105 ff; SK-StGB/Hoyer, StGB, 10. Aufl. 2023, § 34 Rn. 16 ff.). Wenn aber der Erfolg einer Notstandshandlung, hier der CO₂-Reduktion, voraussetzt, dass zuvor, gleichsam als „Zwischenzweck“ (Karpn, JZ 1984, 249, 254), politische Ziele wirksam durchgesetzt werden, kann die Erfolgsprognose nur im Bereich der reinen Spekulation bleiben. Die klimaschützende CO₂-Reduktion hängt in diesem Fall davon ab, dass zuvor eine gesetzgeberische Kurskorrektur durch öffentlich wirksamen Protest erfolgte.

Unbestritten ist zwar, dass schon vor den Klimaprotesten sog. ziviler Ungehorsam als Mittel eingesetzt wurde, um erfolgreich politische Veränderungen einzufordern und durchzusetzen. Als Beispiele mögen dienen die Boston Tea Party aus dem Jahr 1773, die für das Frauenwahlrecht kämpfenden britischen Suffragetten Anfang des 20. Jahrhunderts sowie Mahatma Gandhis Salzmarsch im Jahr 1930. Da ein Großteil der Bevölkerung zwar das Anliegen des Klimaschutzes befürwortet, aber gesetzeswidrige Formen des Klimaprotestes ablehnt, kann nicht einmal ausgeschlossen werden, dass diese Protestformen die gesellschaftliche Akzeptanz für ambitionierte Klimaschutzziele sogar noch verringern (Botta, VerwArch 2023, 206, 210 f.) und eine den CO₂-Ausstoß begrenzende Gesetzgebung eher behindern (i.E. auch OLG Celle, Beschluss vom 29.7.2022 – 2 Ss 91/22; NSTz 2023, 113; a.A. Bönnte, HRRS 2021, 164, 169). Wenn unmittelbare parlamentarische Reaktionen auf die Proteste teilweise in der Forderung nach einer Verschärfung von Strafen für Protestformen bestehen, statt schärfere Klimaschutzmaßnahmen zu einfordern (z.B. Antrag der Fraktion der CDU/CSU „Straßenblockierer und Museumsrandalierer härter bestrafen“, BT-Drs. 20/4310), gibt es

ernstzunehmende Hinweise darauf, dass Klimaproteste nicht zu einer Sensibilisierung dahingehend führen, dass unsere Lebensgewohnheiten als fortschreitende Bedrohung der natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen wahrgenommen werden. Vielmehr können diese Formen der Proteste zu einer politischen Polarisierung führen, durch die der sachliche politische Diskurs von ideologischen und emotionalen Aspekten überlagert wird. In einem polarisierten Umfeld könnten politische Entscheidungsträger zögern, ambitionierte Klimaschutzmaßnahmen zu unterstützen, da sie politischen Widerstand oder negative Reaktionen befürchten.

Ein Wirkungszusammenhang zwischen den Protesten und der CO₂-Reduktion bleibt jedenfalls rein spekulativ und könnte sich sogar hinderlich in Bezug auf die Durchsetzung klimaschützender Maßnahmen auswirken. Proteste, die Straftatbestände erfüllen und die Rechte Dritter verletzen, sind also nicht geeignet i.S.d. § 34 StGB.

(b) Der Notstandstäter muss von mehreren geeigneten Mitteln das mildeste zur Gefahrenabwehr auswählen, sofern dieses nicht nur unsichere Rettungschancen bieten. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Gefahr insbesondere auch dann anders abwendbar ist, wenn rechtzeitige staatliche Hilfe möglich ist (Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 8 Rn. 86).

Ob dem Amtsgericht auch darin zuzustimmen ist, dass die Besetzung des Grundstücks in der konkreten Situation das mildeste zur Verfügung stehende Mittel war, um die Rodung des Baumes und ggf. der umliegenden Bäume und damit ein CO₂-schädigendes Verhalten zu verhindern, lässt sich angesichts der Feststellungen nicht sicher beurteilen.

Zum Umfang etwaiger Ausgleichsmaßnahmen und zum Stand des oder der offenbar vor dem Verwaltungsgericht angestregten Verfahren teilt das Urteil, das allein Grundlage der revisionsrechtlichen Prüfung ist, nichts mit.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass selbst wenn eine Verpflichtung bestanden haben sollte, Ausgleichspflanzungen vorzunehmen (so offenbar UA S. 13), diese Ausgleichspflanzungen zwar die klimaschädlichen Auswirkungen einer Rodung auf die CO₂-Bilanz mindern könnten. Aber es ist ausgeschlossen, dass durch Ausgleichspflanzungen eine neutrale CO₂-Bilanz erreicht wird, mit der Folge, dass es sich dabei nicht um eine geeignete und damit mildere Rettungsmaßnahme handelt. „Ein jahrzehntealter Baum ist binnen Minuten gefällt, aber eben nicht nachgewachsen.“ (Kersten/Kaup, JuS 2022, 473, 477).

Ob auch der Rechtsweg keine mildere, geeignete Rettungsmaßnahme darstellte, etwa wenn er keine sichere Aussicht bot, die Fällung des Baumes oder der Bäume zu verhindern, lässt sich den Feststellungen nicht entnehmen.

Soweit die Revision in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Amtsgerichts letztlich jedes Handeln im Sinne des Klimaschutzes im Ergebnis ein geeignetes Mittel zur Abwendung der Gefahr darstelle (so auch Engländer, JZ 2023, 255, 258), ist dem entgegenzuhalten, dass dies nur für solche Notstandshandlungen gilt, die die Treibhausgaskonzentration in der Atmosphäre in der konkreten Notstandssituation reduzieren. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass allein aus der Geeignetheit einer Maßnahme noch nicht auf ihre Rechtfertigungswirkung insgesamt geschlossen werden kann.

(2) Letztlich kann die Frage, ob die Gefahr nicht anders abwendbar war, aber dahinstehen, weil der Hausfriedensbruch ungeachtet der Frage eines wesentlichen Überwiegens jedenfalls nicht gem. § 34 S. 2 StGB angemessen war.

Auch wenn man davon ausginge, dass die Rettung mehrerer Bäume zum Schutz des Klimas das Eigentums- und Nutzungsinteresse des Grundstückseigentümers angesichts der unumkehrbaren Folgen des Klimawandels wesentlich überwiegt, so ist der Hausfriedensbruch jedenfalls kein angemessenes Mittel i.S.d. § 34 S. 2 StGB, um das Klima zu schützen.

Die Angemessenheit entfällt, wenn die Rechtsordnung für die Lösung eines Interessenkonflikts abschließende Sonderregelungen, insbesondere ein geordnetes gerichtliches Verfahren, vorsieht (Matt/Renzikowski/Engländer, StGB, 2. Aufl., 2020, § 34 Rn. 35). In diesem Fall liegt eine sogenannte Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren vor (MüKo-StGB/Erb, StGB, Band 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 254; Matt/Renzikowski/Engländer, StGB, 2. Aufl., 2020, § 34 Rn. 35). Diese Sperrwirkung greift auch dann ein, wenn das gerichtliche Verfahren im Einzelfall eine Gefahrenabwehr nicht ermöglicht (Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 17 Rn. 17), weil andernfalls die in dem rechtlichen Verfahren zum Ausdruck kommenden Wertungen unterlaufen würden (S. Bock, ZStW 133 [2019], 555, 567).

Grundsätzlich bestand die Möglichkeit, die Rodung verwaltungsgerichtlich abzuwenden. Aus den Urteilsfeststellungen ist zu entnehmen, dass Umwelt- und Klimaschützer eine Klage vor dem Verwaltungsgericht Schleswig erhoben haben (UA S. 3). Zum weiteren Ausgang des Verfahrens fehlen jedoch Feststellungen.

Selbst wenn der Angeklagte im vorliegenden Fall nicht klagebefugt gewesen sein sollte oder aber der Rechtsschutz nicht rechtzeitig gegriffen haben sollte, bedeutet dies nicht, dass die Sperrwirkung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nicht eingreift.

Sollte sich der verwaltungsgerichtliche Rechtsweg später aber als wirksam erwiesen haben, so handelt es sich jedenfalls um einen Umstand, der strafmildernd bei der Strafzumessung zu berücksichtigen wäre und der auch darauf hindeutete, dass die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre. Dies gilt erst recht dann, wenn sich das Verhalten des durch die Notstandshandlung Geschädigten im verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg als rechtswidrig erweist.

Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts kann die Angemessenheit der Notstandsmaßnahme auch nicht deshalb bejaht werden, weil bei der Auslegung des Begriffs „angemessen“ das verfassungsrechtliche Gebot des Klimaschutzes nach Art. 20a GG zu berücksichtigen sei. Zwar gibt Art. 20a GG dem demokratischen Entscheidungsprozess inhaltliche Bindungen vor. Dies betrifft insbesondere auch den Schutz künftiger Generationen (BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, BVerfGE 157, 30 ff.; Kersten/Kaup, JuS 2022, 473 ff.). Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass Art. 20a GG das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG außer Kraft setzt.

Die derzeitigen gesetzlichen Regelungen verlangen kein klimaneutrales Verhalten. Das bedeutet, dass im Grundsatz nicht nur die Fahrt mit dem Dieselfahrzeug zum 400 Meter entfernten Bäcker erlaubt ist, sondern auch der Langstreckenflug in den Urlaub oder – vorbehaltlich einer Baugenehmigung – der Bau eines Einfamilienhauses.

Erst im Jahr 2045 soll gem. § 3 Abs. 2 KSG Klimaneutralität erreicht sein. Nach § 3 Abs. 1 KSG sollen die Treibhausgasemissionen im Jahr 2030 um 65% gegenüber dem Jahr 1990 reduziert werden. Derzeit besteht also eine sog. Übergangsphase (Satzger/v. Maltitz, GA 2023, 63, 64), in der die CO₂-Emissionen zwar reduziert werden, aber noch vorhanden sind. Der demokratische Gesetzgeber hält CO₂-Emissionen unter Berücksichtigung aller ökologischer, ökonomischer und sozialer Aspekte in dieser Phase also noch für sinnvoll (dazu Satzger/v. Maltitz, ZStW 133 [2021], 1, 6).

Eine Lesart des sog. „Klimabeschlusses“, die den Rechtsgedanken des Schutzes der künftigen Generationen derart ausdehnt, dass zum Schutze des Klimas bereits zum jetzigen Zeitpunkt jedes Verhalten, das CO₂-Emissionen verursacht, mit den Mitteln des Notstands gem. § 34 StGB unterbunden werden könnte, ist nicht möglich. Das BVerfG betont: „Der Schutzauftrag des Art. 20a GG schließt die Notwendigkeit ein, mit den natürlichen Lebensgrundlagen so sorgsam umzugehen und sie der Nachwelt in solchem Zustand zu hinterlassen, dass nachfolgende Generationen diese nicht nur um den Preis radikaler eigener Enthaltensamkeit weiter bewahren könnten. Muss demnach eine zu kurzfristige und damit einseitige Verteilung von Freiheit und Reduktionslasten zulasten der Zukunft verhindert werden, verlangt das hier, dass das knappe CO₂-Restbudget hinreichend schonend aufgezehrt und so Zeit gewonnen wird, rechtzeitig erforderliche Transformationen einzuleiten, welche die Freiheitseinbußen durch die verfassungsrechtlich unausweichliche Reduktion von CO₂-Emissionen und CO₂-relevantem Freiheitsgebrauch lindern, indem sie CO₂-neutrale Verhaltensalternativen verfügbar machen. Die beanstandeten Regelungen wären verfassungswidrig, wenn sie zuließen, dass so viel vom verbleibenden Budget verzehrt würde, dass die künftigen Freiheitseinbußen aus heutiger Sicht unweigerlich unzumutbare Ausmaße annähmen, weil für lindernde Entwicklungen und Transformationen keine Zeit mehr bliebe.“ (BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, BVerfGE 157, 30, 135 f., Rn. 193 f.). Damit macht das BVerfG deutlich, dass das ökologische Rechtzeitigkeitsgebot zwar einerseits ein schnelles staatliches Handeln verlangt, um die natürlichen Ressourcen überhaupt noch bewahren zu können. Aber andererseits soll der Gesetzgeber auch deswegen zügig CO₂-reduzierende Maßnahmen einleiten, um den Schutz der Freiheitsrechte künftiger Generationen dahingehend zu gewährleisten, dass ihnen in der Transformationsphase noch ein ausreichendes CO₂-Budget zur Verfügung steht. Im Ergebnis bewertet das BVerfG CO₂-emittierendes Verhalten bis 2045 grundsätzlich nicht nur als zulässiges Verhalten, sondern explizit als notwendige verfassungsrechtlich zu schützende Freiheitsausübung. Da das BVerfG das letzte Wort über die verfassungsrechtlichen Maßstäbe hat (Lepsius, in: Repräsentation und Legitimität im Verfassungs- und Umweltstaat, Gedächtnissymposium für Hasso Hofmann, 2022, S. 37, 55), können die Fachgerichte unter diesen Voraussetzungen Art. 20a GG keine Strahlkraft dahingehend verleihen, dass § 34 StGB bereits jetzt als private Eingriffsermächtigung zur Durchsetzung CO₂-neutralen Verhaltens gegenüber Dritten fungiert (i.E auch AG Freiburg (Breisgau), UrT. v. 22. 11 2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22, juris).

3. Weitere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

a) Insbesondere scheidet ein Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG aus. Das in Art. 20 Abs. 4 GG normierte Widerstandsrecht ist eine Staats- und Verfassungsnothilfe, die dann wirksam werden soll, wenn die im Grundgesetz vorgesehenen institutionalisierten Kontrollmechanismen versagen (BeckOK GG/Rux, 55. Ed. 15.5.2023, GG Art. 20 Rn. 225; Schwarz, NJW 2023, 275, 280).

Der Widerstandsfall greift demnach nur im Falle eines Staatsstreiches, und zwar unabhängig davon, ob ein solcher Staatsstreich von oben, also durch staatliche Organwalter oder von unten durch zivilgesellschaftliche Kräfte vorgenommen wurde (v. Münch/Kunig/Kotzur, 7. Aufl. 2021, GG Art. 20 Rn. 180). Voraussetzung ist insoweit, dass es jemand unternimmt, die staatliche Ordnung i.S.d. 20 Abs. 4 zu beseitigen. Gemeint ist die Beseitigung der in Art. 20 Abs. 1 bis 3 genannten Ordnung soweit diese Ordnung gem. Art. 79 Abs. 3 unabänderlich ist (Jarass/Pieroth/Jarass, 17. Aufl. 2022, GG Art. 20 Rn. 172; Dreier/Wittreck, 3. Aufl. 2015, GG Art. 20 Abs. 4 Rn. 18). Art. 20 Abs. 4 GG ist damit keine verfassungsrechtliche Ausformung eines Rechts auf zivilen Ungehorsam (Botta, VerwArch 2023, 206, 212), die eine gewissenbestimmte, aber gesetzeswidrige Handlung rechtfertigt. Weder ist die Fällung eines Baumes geeignet, die staatliche Ordnung zu beseitigen, noch ist die aktuelle Klimagesetzgebung im Allgemeinen, die inzwischen den vom BVerfG gestellten Anforderungen entspricht, ein gezielter Angriff auf die in Art. 20 Abs. 1 bis 3 geschützte Ordnung (BayObLG, Beschluss vom 21.04.2023 – 205 StRR 63/23, BeckRS 2023, 8998; Botta, VerwArch 2023, 206, 213; Pietsch, Kriminalistik 2023, 137,

139). Das Verhalten des Angeklagten ist daher lediglich eine von Art. 20 Abs. 4 GG nicht erfasste Form des zivilen Ungehorsams.

b) Ziviler Ungehorsam entfaltet aber für sich genommen keine rechtfertigende Wirkung, wenn – wie im vorliegenden Fall – keine rechtlich anerkannten Rechtfertigungsgründe eingreifen (BayObLG, Beschluss vom 21.04.2023 – 205 StRR 63/23, BeckRS 2023, 8998). Denn der Staat kann es nicht legitimieren, dass Entscheidungen, die durch rechtmäßige Mehrheitsbeschlüsse zustande gekommen sind, von einer Minderheit mit rechtswidrigen Mitteln (der Begehung von Straftatbeständen) untergraben werden (Roxin, in: Festschrift für Schüler-Springorum, 1993, S. 411, 448). Der Verzicht auf die Durchsetzung der Mehrheitsregel führte zu einer Desavouierung der Rechtsordnung, die letztlich den Rechtsfrieden gefährdete, was letztlich auch zu einem Verstoß gegen das Demokratieprinzip führte (OLG Celle, Beschluss vom 29.7.2022 – 2 Ss 91/22; NStZ 2023, 113; Schwarz, NJW 2023, 275, 280; iE auch Eidam, JZ 2023, 224, 229).

Dabei verkennt der Senat nicht, dass ein Kernelement des Demokratieprinzips die Revidierbarkeit von Entscheidungen ist (BVerfG, Beschluss vom 15.12.2015 – 2 BvL 1/12 – BVerfGE 141, 1 Rn. 53; VGH München Urt. v. 3.2.2023 – 4 N 22.303, BeckRS 2023, 2764 Rn. 16; von Mangoldt/Klein/Starck/Hain, 7. Aufl. 2018, Art. 79 Rn. 87; a.A. Isensee/Kirchhof StaatsR-HdB/Böckenförde, Band 2, 2004, § 24 Rn. 55). Angesichts der zu erwartenden – oben beschriebenen – Kippunkte und Kaskadeneffekte ist sich der Senat insoweit durchaus der Gefahr bewusst, dass mitunter keine Möglichkeit mehr besteht, auch bei geänderten Mehrheitsverhältnissen die gegenwärtigen gesetzgeberischen Sachentscheidungen vollständig zu revidieren. Aber abgesehen davon, dass in einem demokratischen Diskurs verschiedene ökonomische, ökologische und soziale Interessen in Ausgleich gebracht werden müssen und insoweit eine Vorwirkung des Gesetzgebers auf die Gestaltungsfreiheit des Nachfolgers sich ohnehin nicht gänzlich verhindern lässt (Hensler, AöR 108 [1983], 490, 500), ist darauf hinzuweisen, dass – wie bereits festgestellt – das BVerfG die derzeitige Rechtslage insbesondere auch mit Blick auf die irreversiblen Klimafolgen und der ökologischen Rechzeitigkeitsgebot für verfassungsgemäß hält.

4. Die zuständige Abteilung des Amtsgerichts wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Entscheidung 2 – BGH, Urteil vom 16.02.2023 – 4 StR 211/22

Tenor:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Nebenkläger wird das Urteil des Landgerichts Kleve vom 7. Juni 2021 mit den Feststellungen zur subjektiven Tatseite aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an das Landgericht Duisburg zurückverwiesen.

2. Die weiter gehenden Revisionen werden verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hatte den Angeklagten am 17. Februar 2020 im ersten Rechtsgang wegen Mordes in Tateinheit mit verbotenen Kraftfahrzeugrennen mit Todesfolge zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt und eine isolierte Fahrerlaubnisperre verhängt. Auf die Revision des Angeklagten hob der Senat mit Beschluss vom 18. Februar 2021 (4 StR 266/20, DAR 2021, 271) das Urteil, soweit es ihn betraf, mit den Feststellungen auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurück. Nunmehr hat das Landgericht den Angeklagten mit Urteil vom 7. Juni 2021 wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt und die Verwaltungsbehörde angewiesen, dem Angeklagten vor Ablauf von fünf Jahren keine Fahrerlaubnis zu erteilen. Hiergegen wenden sich die Staatsanwaltschaft und die Nebenkläger mit ihren zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten und mit der Sachrüge begründeten Revisionen, mit denen sie eine Verurteilung des Angeklagten wegen eines vollendeten Tötungsdelikts erstreben. Die Rechtsmittel erzielen den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Erfolg und führen zur Aufhebung des Urteils mit den Feststellungen zur subjektiven Tatseite; im Übrigen sind sie unbegründet.

I.

Nach den Feststellungen verabredete der Angeklagte am Ostermontag des Jahres 2019 mit dem früheren Mitangeklagten Se. ein Kraftfahrzeugrennen durch das Stadtgebiet von M. . Während dem Angeklagten, der nicht über eine Fahrerlaubnis verfügte, der PKW Mercedes AMG E63 S mit 612 PS seiner Familie zur Verfügung stand, nutzte der frühere Mitangeklagte einen PKW Jaguar Range Rover Sport mit einer Motorleistung von 528 PS. Dem Angeklagten und dem früheren Mitangeklagten ging es darum, ihre Kraftfahrzeuge jeweils mit maximaler Kraft zu beschleunigen und das andere Fahrzeug zu überholen.

Die beiden Kontrahenten trafen sich gegen 21.50 Uhr auf einem Parkplatz und befuhren zunächst mit angepasster Geschwindigkeit die B. Straße, die über Bahngleise führt und in die Bi. Straße einmündet; diese verläuft nahezu geradlinig durch ein Wohngebiet und verfügt über jeweils eine Fahrspur in jede Fahrtrichtung. Die zulässige Höchstgeschwindigkeit ist auf 50 km/h beschränkt. Von beiden Seiten münden Straßen in die vorfahrtsberechtigten, durch Straßenlaternen beleuchteten Bi. Straße ein.

Nach Passieren der von der späteren Unfallstelle ca. 226 Meter entfernten Bahngleise lenkte der Angeklagte sein Fahrzeug in Umsetzung der Rennabrede auf die Gegenfahrspur und beschleunigte maximal; auch der frühere Mitangeklagte beschleunigte sein Fahrzeug jedenfalls über einige Zeit mit Vollgas bis zu einer Geschwindigkeit von mindestens 92 km/h. Der Angeklagte erreichte etwa 101

Meter vor der späteren Unfallstelle eine Geschwindigkeit von 157 km/h. Aufgrund der deutlich überlegenen Motorleistung seines Fahrzeuges hatte er bereits einen Vorsprung vor dem schwächer motorisierten PKW seines Kontrahenten erzielt. In diesem Moment nahm er wahr, dass die Geschädigte mit ihrem PKW Citroën Saxo – aus seiner Sicht von links aus einer Seitenstraße (der D. – straße) kommend – unter Missachtung der Vorfahrt in Fahrtrichtung des Angeklagten in die Bi. straße einbog. Um einen Zusammenstoß zu vermeiden, leitete der weiterhin die Gegenfahrspur mit einer Geschwindigkeit von nunmehr 167 km/h befahrende Angeklagte eine Vollbremsung ein. Zugleich versuchte er, dem PKW der Geschädigten auszuweichen. Zu diesem Zweck lenkte er sein Fahrzeug zunächst leicht nach rechts zurück auf die rechte Fahrspur, und anschließend, da die Geschädigte bereits annähernd bis zur Mittellinie in die Bi. straße eingebogen war, wieder nach links in Richtung der Gegenfahrspur. Gleichwohl konnte er eine Kollision nicht vermeiden und fuhr mit einer Geschwindigkeit von noch 105 km/h mit der rechten Vorderseite seines Fahrzeugs auf das Heck des Fahrzeugs der Geschädigten auf. Diese erlitt infolge der Kollision schwerste Verletzungen und verstarb im Krankenhaus.

Der Angeklagte, der sein Fahrzeug rund 70 Meter entfernt am linken Fahrbahnrand zum Stehen gebracht hatte, blieb unverletzt. Er stieg aus und entfernte sich zügig zu Fuß von der Unfallstelle, ohne sich um das Unfallopfer zu kümmern oder Feststellungen zu seiner Unfallbeteiligung zu ermöglichen. Er hielt sich mehrere Tage versteckt und stellte sich schließlich den Ermittlungsbehörden, nachdem er als Unfallverursacher ermittelt und eine Öffentlichkeitsfahndung nach ihm eingeleitet worden war.

Zur subjektiven Tatseite hat das Landgericht festgestellt:

Der Angeklagte kannte „die Örtlichkeiten auf der Bi. straße einschließlich der in seiner Fahrtrichtung links gelegenen Einmündung der D. – straße und der dortigen Verkehrsregelung“; er war sich „über die Gefährlichkeit der Durchführung des Rennens bewusst“ und „hielt insbesondere für möglich, dass die Rennfahrt eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit und das Leben sowie erhebliche Vermögenswerte anderer Verkehrsteilnehmer und Eigentümer sowie den Zeugen Se. und ihn selbst begründen könnte“. Er hielt weiterhin für möglich, dass andere Verkehrsteilnehmer plötzlich aus den angrenzenden Wohngebieten auftauchen und es zu einem tödlichen Zusammenstoß mit ihnen kommen könnte. Angesichts der „gefahrenen hohen Geschwindigkeiten“ lag dabei auf der Hand, dass dies „zu erheblichen Sachschäden und zu schweren Gesundheitsschäden oder zum Tod anderer Menschen, insbesondere Verkehrsteilnehmer oder auch der Rennteilnehmer selbst führen könne“. Eine solche Gefährdung der Gesundheit und des Lebens anderer Menschen sowie erheblicher Sachwerte nahm der Angeklagte billigend in Kauf, weil er „die überlegene Motorkraft“ des von ihm geführten Fahrzeugs demonstrieren und sein Ansehen innerhalb seines Freundeskreises steigern wollte. Nicht festzustellen war, dass der Angeklagte die Tötung und Verletzung anderer Personen oder die Beschädigung von Sachen billigte oder ihm dies „um des erstrebten Willens“ (richtig wohl: um des erstrebten Zieles willen) gleichgültig war. Nicht ausschließbar vertraute er darauf, dass es keinen Unfall geben werde, weil andere Verkehrsteilnehmer seine Vorfahrt beachten oder grundsätzlich, wenn auch eingeschränkt, in der Lage sein würden, sein äußerst riskantes Fahrverhalten und das seines Kontrahenten zu erkennen und sich auf die sich hieraus ergebende Gefahrenlage einzustellen. Zu seinen Gunsten sei daher davon auszugehen, dass er ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraute, dass die Rennfahrt nicht zu einem Unfall und zur Verletzung oder Tötung anderer Verkehrsteilnehmer oder zur Beschädigung von Sachen führen werde.

Auf dieser Grundlage hat das Landgericht einen bedingten Tötungsvorsatz verneint, einen bedingten Gefährdungsvorsatz im Sinne des § 315d Abs. 2 StGB aber bejaht und den Angeklagten wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge verurteilt.

II.

Die zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte und in ihrem Anfechtungsumfang auf die Strafbarkeit des Angeklagten wegen des zur Kollision führenden Verkehrsgeschehens beschränkte Revision der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

1. Die Revision der Staatsanwaltschaft ist wirksam auf die strafrechtliche Bewertung des zur Kollision führenden Fahrverhaltens des Angeklagten beschränkt.

a) Die Staatsanwaltschaft hat die Aufhebung des angegriffenen Urteils beantragt und die Sachrüge erhoben. Nach dem Inhalt der Revisionsbegründungsschrift erstrebt sie mit ihrem zu Ungunsten des Angeklagten eingelegten Rechtsmittel allein die Aufhebung des Urteils wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge mit dem Ziel einer Verurteilung des Angeklagten – auch – wegen eines vollendeten Tötungsdelikts im dritten Rechtsgang. Sie macht geltend, dass die tatgerichtlichen Beweiserwägungen, die der Verneinung des voluntativen Elements des bedingten Tötungsvorsatzes zugrunde liegen, lückenhaft seien. Dass auch eine Verletzung der Kognitionspflicht in Bezug auf das Verhalten des Angeklagten nach der Kollision geltend gemacht werden soll, ist der Revisionsbegründung auch unter Berücksichtigung ihres Zusammenhangs nicht zu entnehmen. Der Senat geht daher, auch unter Berücksichtigung von Nr. 156 Abs. 2 RiStBV, davon aus, dass ausschließlich die strafrechtliche Bewertung des Verhaltens des Angeklagten in Bezug auf die tödliche Kollision angegriffen sein soll (vgl. auch BGH, Urteil vom 2. Februar 2017 – 4 StR 481/16, NStZ-RR 2017, 105, 106 mwN [zur Beschränkung auf den Strafausspruch]).

b) Diese Beschränkung ist auch wirksam.

aa) Wie die Berufung (vgl. § 318 StPO) kann auch die Revision gemäß § 344 Abs. 1 StPO beschränkt eingelegt werden. Damit hat der Gesetzgeber dem Rechtsmittelberechtigten eine prozessuale Gestaltungsmacht eingeräumt, deren Ausübung im Rahmen des rechtlich Möglichen zu respektieren ist (vgl. BGH, Beschluss vom 27. April 2017 – 4 StR 547/16, BGHSt 62, 155 Rn. 17 mwN; Urteil vom 15. Juli 2020 – 2 StR 288/19 Rn. 7). Eine Revisionsbeschränkung ist wirksam, wenn sie sich auf Beschwerdepunkte bezieht, die nach dem inneren Zusammenhang des Urteils losgelöst von seinem nicht angegriffenen Teil rechtlich und tatsächlich selbstständig beurteilt werden können, ohne eine Prüfung des Urteils im Übrigen erforderlich zu machen, und die stufenweise entstehende Gesamtentscheidung frei von inneren Widersprüchen bleibt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 12. März 2020 – 4 StR 537/19 Rn. 6; Urteil vom 17. Juni 2010 – 4 StR 126/10, BGHSt 55, 174 Rn. 3; Beschluss vom 22. Juli 1971 – 4 StR 184/71, BGHSt 24, 185, 187 f.; Beschluss vom 24. Juli 1963 – 4 StR 168/63, BGHSt 19, 46, 48; siehe auch BGH, Urteil vom 15. Juli 2020 – 2 StR 288/19 Rn. 8).

bb) Gemessen hieran ist die Rechtsmittelbeschränkung wirksam.

Zwar bildet das strafbare Verhalten des Angeklagten während der Rennfahrt mit seinem Verhalten nach der Kollision eine Tat im prozessualen Sinne (vgl. BGH, Beschluss vom 30. Juni 2011 – 4 StR 241/11, juris Rn. 3 f.; Urteil vom 7. November 1991 – 4 StR 451/91, juris Rn. 16; Beschluss vom 22. Juli 1971 - 4 StR 184/71, BGHSt 24, 185, 186). Dies schließt es aber nicht grundsätzlich aus, den Rechtsmittelangriff auf eines der im Verhältnis der Tatmehrheit im Sinne des § 53 Abs. 1 StGB zueinander stehenden Delikte zu beschränken (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juli 1971 – 4 StR 184/71, BGHSt 24, 185, 187; siehe auch BGH, Beschluss vom 26. Mai 1967 – 2 StR 129/67, BGHSt 21, 256, 258; Beschluss vom 15. Juni 1954 – 4 StR 310/54, BGHSt 6, 229, 230).

Allerdings könnte – worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hingewiesen hat – ein Rechtsmittel regelmäßig nicht auf das mögliche strafbare Verhalten eines Täters nach der Kollision beschränkt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 9. November 1972 – 4 StR 457/71, BGHSt 25, 72, 74 ff.), weil die Frage der Strafbarkeit wegen eines durch Unterlassen begangenen versuchten Tötungsdelikts

untrennbar mit der dafür wesentlichen Vorfrage einer Garantenstellung infolge vorangegangenen Tuns (vgl. BGH, Beschluss vom 24. März 2021 – 4 StR 416/20, BGHSt 66, 66 Rn. 22) verknüpft ist.

Die Strafbarkeit des zur Kollision führenden Verhaltens des Angeklagten lässt sich aber losgelöst von der Frage beurteilen, ob er sich durch sein Verhalten nach der Kollision eines durch Unterlassen verwirklichten versuchten Tötungsdelikts (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 9. März 2022 – 4 StR 200/21 Rn. 11; Urteil vom 7. November 1991 – 4 StR 451/91, NJW 1992, 583, 584; Beschluss vom 12. Januar 1993 – 4 StR 640/92, VRS 85, 41; Beschluss vom 24. März 2021 - 4 StR 416/20, BGHSt 66, 66) schuldig gemacht haben könnte. Daher kann der Senat offenlassen, ob – worauf die Verteidigung hingewiesen hat – eine Erörterung angesichts der Feststellungen zu dem Kollisionsgeschehen, das sich im Stadtgebiet von M. vor den Augen hilfsbereiter Dritter ereignete, entbehrlich war.

2. Die Revision der Staatsanwaltschaft hat in ihrem beschränkten Anfechtungsumfang Erfolg. Die Beweiserwägungen, mit denen das Landgericht einen bedingten Tötungsvorsatz verneint hat, halten auch unter Berücksichtigung des eingeschränkten revisionsgerichtlichen Prüfungsmaßstabs (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 2018 – 4 StR 399/17, BGHSt 63, 88 Rn. 16 f.; Urteil vom 5. Dezember 2017 – 1 StR 416/17, NSTZ 2018, 206, 207) einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Bedingter Tötungsvorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes eines anderen Menschen abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement). Bewusste Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 18. Februar 2021 – 4 StR 266/20; Urteil vom 18. Juni 2020 – 4 StR 482/19, NJW 2020, 2900 Rn. 22; Urteil vom 1. März – 4 StR 399/17, BGHSt 63, 88 Rn. 17).

Ob der Täter nach diesen rechtlichen Maßstäben bedingt vorsätzlich gehandelt hat, ist in Bezug auf beide Elemente im Rahmen der Beweiswürdigung umfassend zu prüfen und durch tatsächliche Feststellungen zu belegen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Februar 2021 – 4 StR 403/20 Rn. 16; Urteil vom 7. Juli 2016 – 4 StR 558/15 Rn. 14 mwN).

b) Die Beweiserwägungen, mit denen das Landgericht einen bedingten Tötungsvorsatz verneint hat, sind im Ergebnis nicht tragfähig. Zwar sind sie entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft nicht durchgreifend lückenhaft (aa)). Sie stehen aber in einem unaufgelösten Spannungsverhältnis zu den Ausführungen, mit denen das Landgericht seine Überzeugung vom Vorliegen bedingten Gefährdungsvorsatzes im Sinne des § 315d Abs. 2 StGB begründet hat (bb)). Im Einzelnen:

aa) Entgegen der Auffassung der Revision weisen die Beweiserwägungen zur voluntativen Seite des bedingten Tötungsvorsatzes für sich genommen keine einen Rechtsfehler begründende Lücke auf. Das Landgericht war nicht gehalten, als ein auf bedingten Tötungsvorsatz hindeutendes Indiz ausdrücklich in seine Gesamtwürdigung einzustellen, dass der Angeklagte sein Fahrzeug nach dem Überholen seines Kontrahenten nicht sofort auf die rechte Fahrspur zurücklenkte, sondern seine Fahrt auf der Gegenfahrspur fortsetzte. Denn es ist nicht festgestellt, dass – wovon die Revision ausgeht – der Angeklagte die Gegenfahrspur noch zu einem Zeitpunkt befuhr, zu dem ihm ein gefahrloses Überwechseln auf die rechte Fahrspur bereits möglich war. Zwar hat das sachverständig beratene Landgericht festgestellt, dass der Angeklagte mit seinem Fahrzeug bereits einen „deutlichen Vorsprung“ gegenüber dem PKW Range Rover erzielt hatte, bevor es zu dem Unfall kam. Es hat jedoch keine Feststellungen zu treffen vermocht, nach welcher Wegstrecke der Angeklagte mit seinem höher motorisierten Fahrzeug seinen Kontrahenten überholt hatte und ab wann ihm ein gefahrloses Wiedereinscheren auf die rechte Fahrbahn möglich war. Angesichts dieses sowie des weiteren

Umstands, dass das Rennen bis zur späteren Kollision nur fünf Sekunden dauerte, liegt es nicht nahe, dass der Angeklagte nach erfolgreichem Überholen seines Gegners ein risikoverminderndes Verhalten unterlassen hat, das als ein auf einen bedingten Tötungsvorsatz hindeutendes Indiz ausdrücklicher Erörterung bedurfte.

bb) Die Beweiserwägungen, mit denen das Landgericht einen bedingten Tötungsvorsatz verneint hat, stehen aber in einem unaufgelösten Spannungsverhältnis zu den Ausführungen, mit denen es an anderer Stelle die Annahme bedingten Gefährdungsvorsatzes im Sinne des § 315d Abs. 2 StGB begründet hat. Dies nötigt zur Aufhebung des Urteils.

Das Landgericht hat das Wissenselement des bedingten Tötungsvorsatzes mit der Begründung bejaht, dem Angeklagten sei klar gewesen, dass er sein Fahrzeug innerhalb einer geschlossenen Ortschaft im Bereich eines Wohngebiets maximal beschleunigen und die Gegenfahrspur befahren werde; ihm sei weiterhin bewusst gewesen, dass andere Verkehrsteilnehmer jederzeit aus den angrenzenden Straßen einfahren, er mit ihnen kollidieren und eine solche Kollision zu ihrem Tod führen könnte. Das voluntative Element des bedingten Tötungsvorsatzes hat das Landgericht mit der Begründung verneint, der Angeklagte habe trotz objektiv hoher Gefährlichkeit der Tathandlung darauf vertraut, dass es nicht zu einem Unfall und zur Tötung anderer Verkehrsteilnehmer kommen werde; aufgrund des Umstands, dass es sich bei der von ihm befahrenen Straße um eine gut ausgebaute Vorfahrtsstraße handelte, das Rennen nach seiner Vorstellung nicht lange dauern und er den Range Rover rasch überholen werde, habe er nicht ausschließbar darauf vertraut, dass andere Verkehrsteilnehmer seine Vorfahrt beachten oder „grundsätzlich, wenn auch eingeschränkt, in der Lage sein würden, sein äußerst riskantes Fahrverhalten und das seines Kontrahenten zu erkennen und sich auf die hieraus ergebende Gefahrenlage einzustellen“; er habe darauf vertraut, dass es „letztlich nicht zu einem Zusammenstoß“ kommen werde.

Zur Begründung des bedingten Gefährdungsvorsatzes im Sinne des § 315d Abs. 2 StGB hat das Landgericht an anderer Stelle knapp, aber für sich genommen tragfähig ausgeführt, der Angeklagte habe insbesondere mit der Möglichkeit gerechnet, dass andere Verkehrsteilnehmer plötzlich aus angrenzenden Straßen auftauchen, in die Bi. Straße einbiegen und es in der Folge zu einem Zusammenstoß mit ihnen kommen könnte. Dies und die angesichts der gefahrenen Geschwindigkeit mit einer solchen Kollision verbundenen Folgen für die beteiligten Verkehrsteilnehmer habe er billigend in Kauf genommen, weil er die Überlegenheit des Fahrzeugs seiner Familie vor seinen Freunden habe demonstrieren und sein Ansehen mehren wollen.

Diese Ausführungen zum bedingten Gefährdungsvorsatz lassen sich nicht widerspruchsfrei mit den Erwägungen zum bedingten Tötungsvorsatz vereinbaren, wonach der Angeklagte darauf vertraut habe, dass es „letztlich nicht zu einem Zusammenstoß“ mit Fahrzeugen des Querverkehrs kommen werde. Weiterhin lassen die Urteilsgründe offen, aus welchen rational einsichtigen Gründen der Angeklagte angesichts dieses im Rahmen des Gefährdungsvorsatzes festgestellten Vorstellungsbildes einer möglichen Kollision seines Fahrzeugs mit seitlichem Querverkehr ernsthaft und tatsachenbasiert, nicht nur vage auf das Ausbleiben eines tödlichen Erfolgs vertraut haben könnte. Dies versteht sich nicht von selbst, sondern hätte eingehender Erörterung bedurft. Hieran fehlt es.

3. Die tatgerichtliche Beweismwürdigung zur subjektiven Tatseite ist damit auch zum Nachteil des Angeklagten rechtsfehlerhaft. Dies führt auf die Revision der Staatsanwaltschaft (vgl. § 301 StPO) zur Urteilsaufhebung, soweit der Angeklagte wegen verbotenen Kraftfahrzeugrennens mit Todesfolge (§ 315d Abs. 2 und Abs. 5 StGB) verurteilt worden ist.

a) Ein bedingter Gefährdungsvorsatz im Sinne des § 315d Abs. 2 StGB liegt vor, wenn der Täter über die allgemeine Gefährlichkeit des Kraftfahrzeugrennens hinaus auch die Umstände kennt, die den in Rede stehenden Gefahrerfolg im Sinne eines Beinaheunfalls als naheliegende Möglichkeit erscheinen

lassen, und er sich mit dem Eintritt einer solchen Gefahrenlage zumindest abfindet (vgl. BGH, Urteil vom 18. August 2022 – 4 StR 377/21 Rn. 10; Beschluss vom 13. Januar 2016 – 4 StR 532/15 Rn. 10; Beschluss vom 9. September 2014 - 4 StR 365/14 Rn. 3; Urteil vom 24. Juli 1975 – 4 StR 165/75, BGHSt 26, 176, 179; Urteil vom 15. Dezember 1967 – 4 StR 441/67, BGHSt 22, 67, 73 ff.).

b) Gemessen hieran hat das Landgericht seine Überzeugung, dass der Angeklagte eine Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer für möglich gehalten hat, weil sie in die Bi. Straße einbiegen und mit seinem Fahrzeug kollidieren könnten, nicht tragfähig belegt. Das Landgericht hat das voluntative Element bedingten Tötungsvorsatzes mit der Begründung verneint, er habe auf das Ausbleiben einer Kollision mit dem Querverkehr vertraut; die Annahme bedingten Gefährdungsvorsatzes im Sinne des § 315d Abs. 2 StGB hat es aber mit der Begründung bejaht, der Angeklagte habe mit einer Kollision mit Verkehrsteilnehmern gerechnet, die aus angrenzenden Straßen in die von ihm auf der Gegenfahrspur befahrene Vorfahrtsstraße einbiegen könnten. Diese auch unter Berücksichtigung des Zusammenhangs nicht miteinander zu vereinbarenden Ausführungen lassen auch die Annahme bedingten Gefährdungsvorsatzes als rechtsfehlerhaft erscheinen.

Zwar liegt die Annahme von Gefährdungsvorsatz im Sinne des § 315d Abs. 2 StGB angesichts der vom Landgericht zu Recht angenommenen, anschaulichen Höchstgefährlichkeit des vom Angeklagten absprachegemäß durchgeführten Kraftfahrzeugrennens durch die Innenstadt von M., in dessen Verlauf er die Gegenfahrspur befuhr und – wenn auch kurzfristig – die innerorts zulässige Höchstgeschwindigkeit um ein Mehrfaches überschritt, nahe. Den Urteilsgründen kann aber auch unter Berücksichtigung ihres Zusammenhangs nicht eindeutig entnommen werden, welche konkreten Gefährdungsszenarien sich der Angeklagte vorstellte, die zwar nicht zu einer Kollision, aber doch zu einer Situation führten, die als Beinaheunfall (vgl. dazu im Einzelnen BGH, Urteil vom 18. August 2022 – 4 StR 377/21 Rn. 9 mwN) beschrieben werden kann. Unter den hier gegebenen besonderen Umständen hätte das Landgericht jedoch im Einzelnen darlegen und tragfähig belegen müssen, welche Geschehensabläufe sich der Angeklagte vorgestellt hat, die zwar nicht zu einer Kollision mit anderen Verkehrsteilnehmern, aber zu einem Beinaheunfall in dem beschriebenen Sinne führen könnten. Hieran fehlt es.

4. Die aufgezeigten Rechtsfehler nötigen zur Aufhebung des Urteils. Der Senat vermag nicht auszuschließen, dass das Urteil zu Gunsten und zu Ungunsten des Angeklagten auf den aufgezeigten Darlegungsmängeln im Rahmen der Beweiswürdigung zur subjektiven Tatseite beruht (§ 337 Abs. 1 StPO). Die Feststellungen zum Vortatgeschehen und zum äußeren Tatgeschehen sind von den Beweiswürdigungsmängeln nicht berührt (§ 353 Abs. 2 StPO) und können daher bestehen bleiben. Ergänzende Feststellungen sind möglich, soweit sie zu den bindend gewordenen Feststellungen nicht in Widerspruch treten.

III.

Die gemäß § 400 Abs. 1 StPO zulässigen Revisionen der Nebenkläger sind – wie die Revision der Staatsanwaltschaft – nach dem Inhalt der Revisionsbegründungsschrift ebenfalls auf das zur Kollision führende Verkehrsgeschehen beschränkt. Sie haben im gleichen Umfang Erfolg wie die Revision der Staatsanwaltschaft und führen zur Aufhebung des Urteils mit den Feststellungen zur subjektiven Tatseite zu Ungunsten und zu Gunsten (vgl. § 301 StPO) des Angeklagten.

IV.

Der Senat macht von der Möglichkeit des § 354 Abs. 2 Satz 1, Alternative 2 StPO Gebrauch und verweist die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Duisburg.

Entscheidung 3 - BGH Urteil vom 15.2.2023 – 2 StR 270/22

Tenor:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 15. November 2021 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,

a) soweit es die Angeklagten S. und K. betrifft, in den Fällen und 3 der Urteilsgründe;

b) soweit es den Angeklagten O. betrifft, in den Fällen und 4 der Urteilsgründe;

c) in den jeweiligen Gesamtstrafenaussprüchen;

d) in den jeweiligen Aussprüchen über die Einziehung, mit Ausnahme der Einziehung von Wertersatz in Höhe von

5.000 Euro, soweit es den Angeklagten S. betrifft.

2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten S. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen (Fälle 1 bis 3 der Urteilsgründe) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und neun Monaten, den Angeklagten K. unter Freisprechung im Übrigen wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in zwei Fällen (Fälle 2 und 3 der Urteilsgründe) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten und den Angeklagten O. unter Freisprechung im Übrigen wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Betäubungsmitteln (Fälle 3 und 4 der Urteilsgründe) zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Darüber hinaus hat es gegen den Angeklagten S. die Einziehung von 11.500 Euro, gegen den Angeklagten K. die Einziehung der „sichergestellten Machete“ und gegen alle drei Angeklagten die Einziehung der „sichergestellten Betäubungsmittel“ angeordnet. Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihren jeweils auf die Rüge der Verletzung formellen und sachlichen Rechts gestützten Revisionen gegen die Nichtannahme bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in den Fällen 2 und 3 der Urteilsgründe, wobei der letztgenannte Fall hinsichtlich des Angeklagten O. mit Fall 4 in Tateinheit steht. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

I.

Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

1. Am 2. Juni 2020 erhielt das Thüringer Landeskriminalamt von einer Person, der durch die Staatsanwaltschaft Erfurt Vertraulichkeit zugesichert wurde, den Hinweis, dass der Angeklagte S. seit etwa einem halben Jahr im Raum Erfurt Handel mit Kokain und Marihuana treibe. Er könne regelmäßig über Marihuana im Kilogramm Bereich verfügen. Durch den Hinweisgeber wurde die Vermutung geäußert, dass der Angeklagte S. die Betäubungsmittel von dem Angeklagten O. erwerbe. Aufgrund dieses Hinweises wurde die Vertrauensperson mit dem Decknamen M. eingesetzt, bei der es sich nicht um den Hinweisgeber handelte.

a) Die Vertrauensperson M. erwarb am 15. Juni 2020 vom Angeklagten S. 767,20 Gramm Marihuana mit einer Mindestwirkstoffmenge von 113,32 Gramm THC zum Preis von 5.000 Euro (Fall 1 der Urteilsgründe).

b) Nunmehr beabsichtigten die Ermittlungsbehörden, eventuelle Mittäter des Angeklagten S. und den Lagerort der Betäubungsmittel zu ermitteln. Die Vertrauensperson sollte nunmehr von dem Angeklagten S. ein Kilogramm Marihuana zu einem Preis von 6.500 Euro ankaufen. Hierzu traf sich die Vertrauensperson M. mit dem Angeklagten S. am 2. Juli 2020. Dieser begab sich sodann zur Wohnung des Angeklagten K. . Bei ihm holte er 998,5 Gramm Marihuana mit einer Mindestwirkstoffmenge von 128 Gramm reinem THC ab. Dies übergab er M. und nahm im Gegenzug den vereinbarten Kaufpreis von 6.500 Euro entgegen (Fall 2 der Urteilsgründe).

c) In der Folge sollte ermittelt werden, ob der Angeklagte S. auch weitere Betäubungsmittelarten, insbesondere Crystal Meth, im Angebot hatte. In der Zeit zwischen dem 2. Juli 2020 und dem 10. Juli 2020 vereinbarten der Angeklagte S. und die Vertrauensperson M. die Übergabe von weiteren fünf Kilogramm Marihuana. Zudem sollte an die Vertrauensperson an diesem Tag auch eine unbekannte Menge eines unbekanntes Betäubungsmittels, mutmaßlich Gramm Crystal Meth, übergeben werden, was jedoch durch den Angeklagten S. kurz vor dem Treffen abgesagt wurde. Das Treffen sollte am 10. Juli 2020 gegen Mittag erfolgen, der Angeklagte S. verschob es jedoch auf den späten Nachmittag. Dies begründete er damit, dass weitere Beteiligte, die für dieses Treffen erforderlich wären, nicht eher verfügbar seien. Am 10. Juli 2020 gegen 19 Uhr begaben sich die Angeklagten S. und O. gemeinsam mit dem gesondert verfolgten B. zur Wohnung des Angeklagten K., die B. betrat. Die Angeklagten S. und O. stiegen zu der in der Nähe wartenden Vertrauensperson M. in deren Auto, wo es zu einem Gespräch kam. Danach verließ der Angeklagte O. das Fahrzeug, der Angeklagte S. blieb bei der Vertrauensperson M. . Der Angeklagte O. begab sich zurück zur Wohnung des Angeklagten K. . Etwa fünf Minuten später verließ der Angeklagte O. das Haus wieder. Kurz nach dem Angeklagten O. verließ auch B. das Haus, der dabei eine Plastiktüte bei sich trug, die er aus der Wohnung des Angeklagten K. geholt hatte. In dieser Plastiktüte befanden sich 4.776,06 Gramm Marihuana mit einer Gesamtwirkstoffmenge von mindestens 754,54 Gramm reinem THC, was einem Wirkstoffgehalt von mindestens 15,61% entspricht. Gemeinsam gingen der Angeklagte O. und B. zum Fahrzeug der Vertrauensperson M., wo B. sich auf den Rücksitz des Fahrzeuges setzte und die Plastiktüte neben sich stellte. Darauf erfolgte der Zugriff der Polizei, wobei auch der Angeklagte K. beim Verlassen des Gebäudes festgenommen wurde. Die Plastiktüte wurde sichergestellt. Bei der anschließenden Durchsuchung der Wohnung des Angeklagten K. wurden weitere 1.047,79 Gramm Marihuana mit einer Mindestwirkstoffmenge von 5,65 Gramm THC sowie eine Machete mit einer Klingenlänge von knapp 44 cm sichergestellt (Fall 3 der Urteilsgründe).

Im Zuge der Festnahme am 10. Juli 2020 wurde bei dem Angeklagten O. 0,8 Gramm Kokain sichergestellt (Fall 4 der Urteilsgründe).

2. Das Landgericht hat ein Verwertungsverbot hinsichtlich der Angaben der wegen einer vollumfänglichen Sperrerklärung nicht vernehmbaren Vertrauensperson M. gegenüber dem Vernehmungsbemten sowie hinsichtlich der Erkenntnisse aus einer mit dem Einsatz der Vertrauensperson zusammenhängenden akustischen Überwachung außerhalb von Wohnraum gemäß § 100f StPO angenommen. Im Rahmen der rechtlichen Würdigung hat es ausgeführt, dass eine ausdrückliche Bandenabrede nicht habe festgestellt werden können.

II.

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft sind wirksam auf die Fälle 2 bis 4 der Urteilsgründe beschränkt.

Zwar hat die Staatsanwaltschaft nicht ausdrücklich eine Beschränkung des Rechtsmittels erklärt, sondern uneingeschränkt beantragt, „das Urteil“ aufzuheben. Dieser Aufhebungsantrag steht aber mit der Antragsbegründung nicht in Einklang. Hinsichtlich des Angriffsziels ist in einem solchen Fall der Sinn der Revisionsbegründung maßgeblich; denn für Revisionen der Staatsanwaltschaft ist Nr. 156 RiStBV von Bedeutung. Danach ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, jedes von ihr eingelegte Rechtsmittel zu begründen. Außerdem soll die Staatsanwaltschaft ihre Revision stets so rechtfertigen, dass klar ersichtlich ist, in welchen Ausführungen des angefochtenen Urteils sie eine Rechtsverletzung erblickt und auf welche Gründe sie ihre Rechtsauffassung stützt (Nr. 156 Abs. 2 RiStBV). Dies entspricht dem Zweck des § 345 Abs. 2 StPO, der einer sachkundigen Zusammenfassung der von der Revision erstrebten rechtlichen Angriffe dient (vgl. Senat, Urteil vom 11. Juni 2014 – 2 StR 90/14, NStZ-RR 2014, 285; BGH, Urteile vom 18. Dezember 2014 – 4 StR 468/14, NStZ-RR 2015, 88 f.; vom 30. November 2017 – 3 StR 385/17, NStZ-RR 2018, 86; vom 14. April 2022 – 5 StR 313/21, NStZ-RR 2022, 201). Daher ist nach dem Sinn der Revisionsbegründung der Staatsanwaltschaft hier allein die Nichtannahme bandenmäßigen Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge der Angeklagten S. und K. im Fall 2 der Urteilsgründe als Mittäter sowie aller drei Angeklagter im Fall 3 der Urteilsgründe, der nach der rechtlichen Würdigung des Landgerichts hinsichtlich des Angeklagten O. tateinheitlich mit Fall 4 der Urteilsgründe zusammenhängt, angefochten. Die Staatsanwaltschaft hat weder den Schuldspruch in Fall 1 der Urteilsgründe noch die Teilfreisprüche der Angeklagten K. und O. beanstandet.

III.

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft haben Erfolg.

1. Eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation, die zu einem von Amts wegen zu beachtenden Verfahrenshindernis führen würde (vgl. Senat, Urteil vom 10. Juni 2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276, 282 ff.), liegt nicht vor. Zum einen war der Angeklagte S. tatgeneigt, zum anderen ist nicht ersichtlich, dass eine Verstrickung des Angeklagten S. in Taten mit einem erheblich höheren Unrechtsgehalt aufgrund einer Einwirkung durch die Vertrauensperson erfolgte (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 – 1 StR 197/21, juris Rn. 22 mwN).

2. Die erhobene Aufklärungsrüge ist zulässig. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass sich das Landgericht aus Rechtsgründen gehindert sah, Beweise im Zusammenhang mit der Vertrauensperson M. zu erheben, wozu es sich ansonsten gedrängt gesehen hätte. Dies genügt.

Die Aufklärungsrüge ist auch begründet. Das Landgericht hat es entgegen § 244 Abs. 2 StPO unterlassen, Beweis über die Angaben der wegen einer vollumfänglichen Sperrerklärung nicht vernehmbaren Vertrauensperson M. gegenüber dem Vernehmungsbeamten sowie über die Erkenntnisse aus einer mit ihr zusammenhängenden akustischen Überwachung gemäß § 100f StPO zu erheben.

a) Die Angaben der wegen einer vollumfänglichen Sperrerklärung nicht vernehmbaren Vertrauensperson M. gegenüber dem Vernehmungsbeamten sowie die Erkenntnisse aus einer mit dem Einsatz der Vertrauensperson zusammenhängenden akustischen Überwachung gemäß § 100f StPO sind verwertbar.

Das Landgericht hat in einem Hinweisbeschluss die Angaben der Vertrauensperson M. gegenüber dem Vernehmungsbeamten sowie die Erkenntnisse aus einer mit dem Einsatz der Vertrauensperson zusammenhängenden akustischen Überwachung gemäß § 100f StPO für nicht verwertbar erklärt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt sei. Die Vertrauensperson stehe aufgrund der vollumfänglichen Sperrerklärung des Thüringer Innenministeriums für eine konfrontative Befragung durch die Verfahrensbeteiligten nicht zur

Verfügung. Aus diesem Grund sei es sowohl der Kammer als auch den Verfahrensbeteiligten verwehrt, sich von der Glaubwürdigkeit der Vertrauensperson einen eigenen Eindruck zu verschaffen. Hinzu komme, dass die Vertrauensperson zumindest auch eingesetzt worden sei, um die Vorschriften über den Verdeckten Ermittler nach §§ 110a ff. StPO zu umgehen. Die Vertrauensperson dürfe nicht gezielt Nachforschungen anstellen, sondern sich nur umhören, um Informationen zu beschaffen, die geeignet seien, einen Anfangsverdacht zu begründen. Darüber hinaus gehende Ermittlungsmaßnahmen, wie die Durchführung von Abhörmaßnahmen, oblägen allein den Ermittlungsbehörden. Das Aufzeichnen von Ausforschungsgesprächen nach § 100f StPO könne nicht auf die Ermittlungsgeneralklausel gestützt werden, da hierfür ein gehobener Verdachtsgrad erforderlich sei.

Dieser Rechtsauffassung ist nicht zu folgen.

aa) Der Einsatz der Vertrauensperson M. war zulässig. Insbesondere ist eine Umgehung der Vorschriften über den Verdeckten Ermittler gem. § 110a ff. StPO nicht festzustellen.

(1) Der heimliche Einsatz von Personen, die den Beschuldigten befragen, um ihn zu belastenden Äußerungen zu veranlassen, ist jedenfalls dann zulässig, wenn es sich bei der den Gegenstand der Verfolgung bildenden Tat um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handelt und wenn der Einsatz anderer Ermittlungsmethoden – für deren Auswahl untereinander wiederum der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt – erheblich weniger erfolversprechend oder wesentlich erschwert wäre. Für die Beantwortung der Frage, wann eine Straftat von erheblicher Bedeutung vorliegt, vermitteln die Kataloge in §§ 98a, 100a, 110a StPO Hinweise; die Aufzählung ist nicht abschließend (BGH, Beschluss vom 13. Mai 1996 – GSSt 1/96, BGHSt 42, 139, 157; vgl. auch BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - 3 StR 104/07, NJW 2007, 3138, 3142).

Dass der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15. Juli 1992 (OrgKG) für bestimmte Formen besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität den Einsatz Verdeckter Ermittler, der bis dahin auf die Generalklauseln der §§ 161, 163 StPO gestützt wurde, durch Einfügung der §§ 110a ff. StPO im Einzelnen geregelt hat, rechtfertigt nicht den Schluss, dass er die traditionell als zulässig anerkannte Inanspruchnahme anderer Personen ausschließen wollte (BGH, Beschluss vom 13. Mai 1996 – GSSt 1/96, BGHSt 42, 139, 151). Die Kontaktaufnahme solcher anderen Personen mit dem Beschuldigten hat der Gesetzgeber in diesem Gesetz bewusst nicht geregelt. Diese sollte weiterhin zulässig sein (vgl. Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drucks. 12/989 S. 41).

Soweit Stimmen in der Literatur eine spezielle gesetzliche Regelung über den Einsatz von V-Leuten für erforderlich halten (vgl. Barczak, StV 2012, 182, 186; Gebhard/Hoheisel-Gruler, Kriminalistik 2021, 515, 517; Gercke, StV 2017, 615, 622; Soiné, ZRP 2021, 47 ff.; SSW-StPO/Eschelbach, 5. Aufl., § 110a Rn. 11), sieht der Senat keine Veranlassung, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen.

(2) Indes sind rechtsstaatliche Grenzen zu beachten, die der vernehmungähnlichen Befragung von Tatverdächtigen ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht – wegen ihrer Nähe zum nemo-tenetur-Prinzip – gesetzt sind. Aus dieser Nähe sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip, speziell dem Grundsatz des fairen Verfahrens kann sich eine heimliche Befragung im Einzelfall auch unter Berücksichtigung des Gebotes einer effektiven Strafverfolgung als unzulässig erweisen (vgl. Beschluss vom 13. Mai 1996 – GSSt 1/96, BGHSt 42, 139, 156 f.). Als Beispiele aus der Rechtsprechung werden in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Fälle erwähnt, dass einem Untersuchungshäftling ein Spitzel in die Zelle gelegt (BGH, Urteil vom 28. April 1987 – 5 StR 666/86, BGHSt 34, 362; vgl. auch Urteil vom 21. Juli 1998 – 5 StR 302/97, BGHSt 44, 129; EGMR, Entscheidung vom 5. November 2002 – 48539/99, – Allan v. Großbritannien – StV 2003, 257, 259 f.) oder das gesprochene Wort verbotswidrig fixiert wurde (BGH, Urteile vom 17. März 1983 – 4 StR 640/82, BGHSt 31, 304, 308; vom 9. April 1986 – 3 StR 551/85, BGHSt 34, 39, 43). Mit dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ist es ebenfalls nicht

vereinbar, dem Beschuldigten, der sein Schweigerecht in Anspruch genommen hat, in gezielten, vernehmungsförmlichen Befragungen, die auf Initiative der Ermittlungsbehörden ohne Aufdeckung der Verfolgungsabsicht durchgeführt werden, selbstbelastende Angaben zur Sache zu entlocken (BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 – 3 StR 104/07, BGHSt 52, 11, 19). Unzulässig ist es auch, den Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen zu drängen (zu verdeckten Ermittlern: BGH, Beschluss vom 18. Mai 2010 – 5 StR 51/10, BGHSt 55, 138, 145; Urteil vom 26. Juli 2007 – 3 StR 104/07, BGHSt 52, 11, 15; Beschluss vom 27. Januar 2009 – 4 StR 296/08, NStZ 2009, 343, 344) oder einem psychologischen Druck gleichkommend zu täuschen (BGH, Beschluss vom 31. März 2011 – 3 StR 400/10, BGHR StGB § 9 Abs. 1 Teilnahme 1).

Eine weitergehende generelle Unverwertbarkeit der Angaben des Beschuldigten gegenüber einer V-Person mit Blick auf §§ 136 Abs. 1, 136a Abs. 1 Satz 1 StPO (so Lagodny, StV 1996, 167, 168; SSW-StPO/Eschelbach, 5. Aufl., § 136 Rn. 23 ff.; § 136a Rn. 9 f. jeweils mwN) ist hingegen abzulehnen, da gerade keine Vernehmung vorliegt und die Aussagefreiheit des Beschuldigten nicht berührt ist. So hat der EGMR eine Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit in einem Fall verneint, in welchem es dem Beschuldigten, der sich weder in Haft befand noch bis dahin polizeilich vernommen worden war, freistand, sich mit dem Informanten der Polizei, der das verdeckt geführte Gespräch heimlich aufzeichnete, zu unterhalten (EGMR, Urteil vom 10. März 2009 – 4378/02 – Bykov v. Russland, NJW 2010, 213, 215).

(3) Gemessen daran war der Einsatz der Vertrauensperson zulässig. Es bestand ein Anfangsverdacht aufgrund der Angaben eines Hinweisgebers, dass der Angeklagte S. seit etwa einem halben Jahr im Raum Erfurt Handel mit Kokain und Marihuana treibe, wobei er regelmäßig über Marihuana im Kilogramm Bereich verfüge, das er möglicherweise vom Angeklagten O. erwerbe. Damit handelte es sich bei der Verdachtstat um eine schwerwiegende Straftat, nämlich um Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gemäß § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Einsatz anderer Ermittlungsmethoden erfolversprechender gewesen wäre. Die aufgrund des Einsatzes der Vertrauensperson gewonnenen Erkenntnisse sind danach grundsätzlich verwertbar.

Ein aufgrund des nemo-tenetur-Grundsatzes bestehendes Verwertungsverbot besteht ebenfalls nicht. Die Auffassung des Landgerichts, dass eine Vertrauensperson nicht gezielt Nachforschungen anstellen dürfe, ist unzutreffend. Es existieren lediglich die oben genannten Einschränkungen, für deren Vorliegen hier keine Anhaltspunkte bestehen.

bb) Dass die Vertrauensperson wegen der Sperrerklärung nicht in der Hauptverhandlung als Zeuge zur Verfügung stand, hinderte nicht die Verwertung der Angaben, welche die Vertrauensperson im Rahmen einer Vernehmung gemacht hatte.

(1) Das von Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK garantierte Recht des Angeklagten auf konfrontative Befragung von Belastungszeugen stellt eine besondere Ausformung des Grundsatzes des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK dar. Ob die fehlende Gelegenheit für den Angeklagten beziehungsweise seinen Verteidiger, einen Zeugen selbst zu befragen, eine Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK begründet, hängt von einer einzelfallbezogenen Gesamtwürdigung ab (BGH, Urteil vom 13. Januar 2022 – 3 StR 341/21, NStZ 2022, 496, 497 f.; EGMR, Urteil vom 15. Dezember 2015 – 9154/10, Schatschaschwili v. Deutschland, StV 2017, 213, 216 Rn. 100 f.; BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 2009 – 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925 f.; BGH, Urteil vom 4. Mai 2017 – 3 StR 323/16, NStZ 2018, 51, 52; Beschlüsse vom 17. März 2010 – 2 StR 397/09, BGHSt 55, 70, 74; vom 29. November 2006 – 1 StR 493/06, BGHSt 51, 150, 154).

Dabei ist nicht nur in Rechnung zu stellen, ob die Nichtgewährung des Konfrontationsrechts im Zurechnungsbereich der Justiz liegt, sondern vor allem auch in den Blick zu nehmen, mit welchem

Gewicht die Verurteilung des Angeklagten auf die Bekundungen eines nicht konfrontativ befragten Zeugen gestützt worden ist und ob das Gericht die Unmöglichkeit der Befragung des Zeugen durch den Angeklagten oder seinen Verteidiger kompensiert hat, namentlich durch eine besonders kritische und zurückhaltende Würdigung der Bekundungen des Zeugen (BGH, Urteil vom 13. Januar 2022 – 3 StR 341/21, NStZ 2022, 496, 497 f.; vgl. EGMR, Urteil vom 15. Dezember 2015 – 9154/10, Schatschaschwili v. Deutschland, StV 2017, 213, 217, Rn. 107 ff.; Urteil vom 4. Mai 2017 – 3 StR 323/16, NStZ 2018, 51, 52 ff.; Beschluss vom 26. April 2017 – 1 StR 32/17, NStZ 2017, 602, 603).

Ist die unterbliebene konfrontative Befragung eines Zeugen der Justiz zuzurechnen, kann eine Verurteilung auf dessen Angaben nur gestützt werden, wenn diese durch andere gewichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestätigt werden (BGH, Beschluss vom 29. November 2006 – 1 StR 493/06, BGHSt 51, 150, 155 f.; Urteil vom 25. Juli 2000 – 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93, 105 f.).

(2) Gemessen daran durfte das Landgericht nicht von vorneherein die Angaben der Vertrauensperson gegenüber dem Vernehmungsbeamten außer Acht lassen.

Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob eine Verletzung des völkerrechtlich gewährleisteten Konfrontationsrechts im innerstaatlichen Recht lediglich auf der Ebene der Beweiswürdigung zu besonders strengen Beweis- und Begründungsanforderungen führt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 2010 – 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925, 926; BGH, Urteil vom 25. Juli 2000 – 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93, 103 ff.; Beschluss vom 29. November 2006 – 1 StR 493/06, BGHSt 51, 150, 157) oder – obwohl verfassungsrechtlich nicht geboten (BVerfG, aaO) – die Unverwertbarkeit von auf einen nicht konfrontativ befragten Zeugen zurückgehender Informationen bewirkt (vgl. BGH, Urteil vom 16. April 2014 – 1 StR 638/13, NStZ-RR 2014, 246, 248; Senat, Beschluss vom 17. März- 2 StR 397/09, BGHSt 55, 70, 78 f.).

Zwar liegt der Umstand, dass eine konfrontative Befragung nicht durchgeführt werden konnte, vorliegend im Verantwortungsbereich der Justiz, da dieser die Sperrerklärung des Thüringer Innenministeriums zuzurechnen ist. Allerdings sind auch in einem derartigen Fall die Angaben vor dem Vernehmungsbeamten verwertbar, wenn sie durch andere gewichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestätigt werden. Hierfür liegen Anhaltspunkte vor, wie insbesondere die Übergabe der Betäubungsmittel durch die Vertrauensperson an die Polizei am 15. Juni 2020 und am 2. Juli 2020, die Observation des Wohnobjekts des Angeklagten K. am 2. und 10. Juli 2020, die aufgezeichneten Gespräche zwischen der Vertrauensperson und dem Angeklagten S. vom 2. und 10. Juli 2020 sowie insbesondere die Erkenntnisse aufgrund des Zugriffs vom 10. Juli 2020 mit der Sicherstellung einer Tasche mit 4.776,06 Gramm Marihuana, die B. dem Angeklagten S. brachte.

cc) Die Aufzeichnung der Gespräche war ebenfalls nicht rechtswidrig, so dass kein Verwertungsverbot hinsichtlich der dadurch erlangten Erkenntnisse vorliegt.

(1) Ein Verwertungsverbot kommt dann in Betracht, wenn das Gespräch zwischen einer Vertrauensperson und dem Tatverdächtigen verbotswidrig fixiert wurde (vgl. BGH, Urteile vom 17. März 1983 – 4 StR 640/82, BGHSt 31, 304, 306 f.; vom 9. April 1986 – 3 StR 551/85, BGHSt 34, 39, 43; Beschluss vom 31. März 2011 – 3 StR 400/10, BGHR StGB § 9 Abs. 1 Teilnahme 1). Im Umkehrschluss folgt daraus, dass eine Verwertung von Gesprächsaufzeichnungen unter Beteiligung einer Vertrauensperson möglich ist, wenn die Aufzeichnung rechtmäßig angeordnet wurde.

(2) Mit Beschluss des Amtsgerichts Erfurt vom 1. Juli 2020 lag eine rechtmäßige Anordnung zum Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes gemäß § 100f StPO vor. Dessen Voraussetzungen waren erfüllt, zumal ein Anfangsverdacht hinsichtlich einer Katalogtat bestand. Auch in einer Gesamtschau mit dem Einsatz einer Vertrauensperson kann eine Unzulässigkeit der Aufzeichnung nicht erkannt werden. Vielmehr kann das Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen

Wortes gerade dazu dienen sicherzustellen, dass die durch die Vertrauensperson gewonnenen Erkenntnisse rechtlich unbedenklich erlangt wurden, nämlich ohne Zwang oder durch eine – psychologischem Druck gleichkommende – Täuschung.

b) Der Senat kann insbesondere angesichts der von der Revisionsführerin vorgetragene Inhalte der gemäß § 100f StPO aufgezeichneten Gespräche nicht ausschließen, dass das Landgericht – im Falle der gebotenen Beweiserhebungen – hinsichtlich der am 2. und 10. Juli 2020 begangenen Taten zu einer Verurteilung der Angeklagten S. und K. wegen täterschaftlichen bandenmäßigen Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie hinsichtlich der Tat vom 10. Juli 2020 zu einer solchen Verurteilung auch des Angeklagten O. gelangt wäre, zumal sich das Landgericht selbst dazu gedrängt gesehen, jedoch aus rechtlich fehlerhaften Erwägungen davon abgesehen hat.

Aufgrund der genannten Beweismittel, die Anhaltspunkte für eine Beteiligung mehrerer Personen an den beiden Betäubungsmittelgeschäften geben, ist in der gebotenen Zusammenschau mit den übrigen Beweismitteln ein Schluss auf ein mittäterschaftliches bandenmäßiges Handeln mit Betäubungsmitteln nicht völlig fernliegend. So deutet der Inhalt des aufgezeichneten Gesprächs vom 2. Juli 2020 darauf hin, dass der Angeklagte S. die Lieferung von anderen Arten von Betäubungsmitteln nur nach Rücksprache mit anderen Personen verhandeln konnte. Der Angeklagte S. erklärte hier der Vertrauensperson M., dass ihre Anfrage nach weiteren Stoffarten „jetzte gar nicht“ gehe, da er „kein erreicht“ habe. In Zukunft wolle er dies „auch noch mal mit denen“ absprechen. Im Gespräch zwischen der Vertrauensperson M. und dem Angeklagten O., am 10.07.2020 gab dieser zu verstehen, die benötigte Vorbereitungszeit für die Lieferung von 500 Gramm Methamphetamin liege bei einer Woche. Auf die Äußerung der Vertrauensperson, dass sie „längerfristige Geschichten“ suche, entgegnete der Angeklagte O., dass „wir auch richtig dafür“ seien. Nach Hinzukommen des gesondert Verfolgten B. zum Fahrzeug der M. übernahm dieser die Gesprächsführung, was als weiteres Indiz einer Bandenabrede in Betracht kommt.

3. Die Aufhebung der Schuldsprüche in den Fällen 2 bis 4 der Urteilsgründe zieht die Aufhebung der hierfür verhängten Einzelstrafen und der Gesamtstrafenaussprüche sowie der sich auf die Fälle 2 bis 4 der Urteilsgründe beziehenden Einziehungsaussprüche nach sich.

IV.

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass die bei dem Angeklagten K. sichergestellten weiteren 1.047,79 Gramm Marihuana rechtlich einzuordnen sind. Sollte diese Betäubungsmittelmenge nicht dem gewinnbringenden Weiterverkauf gedient haben, kommt eine tateinheitliche Verurteilung wegen Besitzes von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG in Betracht (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Februar 2015 – 4 StR 516/14, NStZ-RR 2015, 174, 175).

Außerdem weist der Senat darauf hin, dass der bei dem Angeklagten O. angenommene Besitz von Betäubungsmitteln in Fall 4 der Urteilsgründe tatmehrheitlich zu der Beteiligung an dem Handelsgeschäft mit den 4.776,06 Gramm Marihuana hinzutritt, wenn er an dieser Handelsmenge keinen Besitz hatte. Die bloße Gleichzeitigkeit von Geschehensabläufen ohne einen inneren Beziehungszusammenhang genügt nicht für die Annahme von Tateinheit (BGH, Beschluss vom 27. April 2004 – 1 StR 466/03, NStZ 2004, 694, 695; Urteil vom 12. September 2018 – 5 StR 278/18, juris Rn. 13; vgl. auch Beschluss vom 25. Februar 2015 – 4 StR 516/14, NStZ-RR 2015, 174, 175).

Entscheidung 4 - BGH Urteil vom 10.1.2023 – 6 StR 133/22

Tenor:

Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 28. September 2021 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

Das Landgericht hat die Angeklagten vom Vorwurf der Untreue freigesprochen. Hiergegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihren jeweils auf die Rügen der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützten Revisionen. Die vom Generalbundesanwalt vertretenen Rechtsmittel haben bereits mit der Sachrüge Erfolg.

I.

Die Staatsanwaltschaft legt den Angeklagten zur Last, als Vorstand beziehungsweise als Personalleiter der V. AG den Betriebsratsmitgliedern O., Fr., Wo. und Ble. unzulässig hohe Arbeitsentgelte gewährt zu haben.

II.

1. Dem Urteil liegen im Wesentlichen folgende Feststellungen zugrunde:

a) Der Angeklagte N. war seit 2005 Vorstand der V. AG für den Bereich Personal. In dieser Funktion wurde er mit Beginn des Jahres 2016 vom Angeklagten Bl. abgelöst. Der Angeklagte S., dem 1997 Prokura erteilt worden war, wurde 2008 Leiter P. Deutschland. Im Juli 2011 übernahm der Angeklagte R. diese Position von S.; er war ebenfalls Prokurist. Die Angeklagten waren für die Bemessung der Betriebsratsvergütungen zuständig.

Bei der V. AG bestand seit 1991 eine „Kommission Betriebsratsvergütung“. Sie befasste sich mit der Vergütung von für die Tätigkeit als Betriebsrat freigestellten Arbeitnehmern. Ihr gehörten die Angeklagten als Vertreter der Unternehmensseite an. Die Entscheidungen der Kommission setzten die Angeklagten mit Schreiben an die Betriebsräte um, mit denen sie höhere Monatsentgelte oder „freiwillige Bonuszahlungen“ bewilligten. Von 2011 bis 2016 wurden in dieser Weise Zahlungen an die freigestellten Betriebsräte O., Fr., Wo. und Ble. veranlasst, die die Zahlungen an die betriebsverfassungsrechtlich zutreffenden Vergleichsgruppen erheblich überstiegen. Hierdurch entstand der V. AG ein Schaden von mehr als 4,5 Millionen Euro.

Die Angeklagten bewilligten folgende Zahlungen:

aa) Dem Betriebsrat O. wurden in den Jahren 2011 (durch die Angeklagten N. und S.) und 2012 bis 2015 (durch die Angeklagten N. und R.) jährlich Steigerungen des monatlichen Entgelts auf zuletzt 17.000 Euro brutto bewilligt. Zudem bewilligten ihm die Angeklagten N. und R. von 2012 bis 2015 jährlich „freiwillige Bonuszahlungen“ von 432.600 Euro bis 560.000 Euro und die Angeklagten Bl. und R. 2016 eine Zahlung von 374.000 Euro.

O. absolvierte nach dem Abschluss der Hauptschule eine Ausbildung zum Industriekaufmann. Bei der V. AG wurde er als Montagewerker, später als „Beanstandungsbeheber“ beschäftigt. 2005 wurde er unter anderem Vorsitzender des Gesamtbetriebsrats und Aufsichtsrat. Im selben Jahr wurde er in den „Oberen Managementkreis“ berufen. Später absolvierte er ein unternehmensinternes „Management Assessment Center“. 2011 war er der Entgeltstufe 35 zugeordnet, die unternehmensintern dem „Top-Managementkreis“ vorbehalten war.

bb) Dem Betriebsrat Fr. wurden von 2013 bis 2015 durch die Angeklagten N. und R. sowie im Jahr 2016 durch die Angeklagten Bl. und R. jährlich freiwillige Boni von 111.400 Euro bis 159.700 Euro gewährt.

Fr. hat Abitur und ist Radio- und Fernsehmechaniker, bei der V. AG war er als Montagearbeiter und Güteprüfer beschäftigt, zuletzt in der Entgeltgruppe 10. Mit der Wahl zum Vorsitzenden des Betriebsrats W. B. wurde er in den „Managementkreis“ (Entgeltstufe 29), später in den „Oberen Managementkreis“ (Entgeltstufe 31) berufen. Auch er bestand das „Management Assessment Center“.

cc) Der Angeklagte R. bewilligte 2013 dem Betriebsrat Wo. unter Umstufung in die Entgeltgruppe 30, die dem „Managementkreis“ zugeordnet war, ein monatliches Entgelt von 7.800 Euro und daneben einen freiwilligen Bonus von 81.000 Euro. Der Angeklagte N. und der gesondert Verfolgte Wi. schlossen mit Wo. im Juli 2014 einen Arbeitsvertrag über dessen Berufung in den „Oberen Managementkreis“, der mit einer Erhöhung der monatlichen Bezüge (Entgeltstufe 31) verbunden war. Die Angeklagten N. und R. hoben 2014 und 2015 sein monatliches Entgelt auf zuletzt 9.800 Euro an und gewährten ihm 2015 einen freiwilligen Bonus von 146.000 Euro. Die Angeklagten Bl. und R. veranlassten 2016 eine freiwillige Bonuszahlung von 101.600 Euro.

Wo. absolvierte nach einem Hauptschulabschluss eine Ausbildung zum Kfz-Mechaniker. In diesem Beruf arbeitete er bei der V. AG. Zwar ist er auch geprüfter Personalfachkaufmann, wurde aber als solcher nicht beschäftigt. In unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Übernahme des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzes im W. W. wurde er als „außertariflicher Mitarbeiter in den Managementkreis“ berufen. Kurz zuvor hatte er das unternehmensinterne „Management Assessment Center“ absolviert. Weniger als zwei Jahre später stieg er in den „Oberen Managementkreis“ auf.

dd) Dem Betriebsrat Ble. gewährten die Angeklagten N. und R. von 2013 bis 2015 jährlich freiwillige Boni von 135.300 Euro bis 141.600 Euro, die Angeklagten Bl. und R. 2016 einen solchen von 98.000 Euro.

Ble. hat einen Hauptschulabschluss, aber keine Berufsausbildung. Er arbeitete an der Montagelinie (Entgeltstufe 5 oder 6). Nachdem er Betriebsratsvorsitzender im W. S. geworden war, wurde er in den „Managementkreis“, später in den „Oberen Managementkreis“ eingestuft. Mehr als zehn Jahre später bestand er das „Management Assessment Center“.

b) Die Angeklagten hielten ihr Handeln für pflichtgemäß. Der Angeklagte N. verließ sich auf die Einschätzung interner und externer Berater, derzufolge das angewandte System rechtmäßig sei. Der Angeklagte S. wurde von seinem Vorgänger als Leiter Personal Deutschland über den Inhalt der rechtlichen Beratung informiert und fand ein bestehendes Vergütungssystem vor. Der Angeklagte R. hatte den gleichen Wissenstand wie S. und kannte die Auffassungen der internen und externen Berater. Dem Angeklagten Bl. wurde „von allen Seiten erklärt und versichert“, alles sei rechtlich in Ordnung.

2. Das Landgericht hat angenommen, die Angeklagten hätten den objektiven Tatbestand der Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) erfüllt, jedoch ohne Vorsatz gehandelt. Ihre irrige Überzeugung, pflichtgemäß und

gesetzeskonform zu handeln, stelle einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum im Sinne von § 16 Abs. 1 StGB dar.

III.

Das Urteil hat keinen Bestand. Es begegnet durchgreifenden sachlichrechtlichen Bedenken.

1. Das Landgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass der objektive Tatbestand der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB erfüllt sein kann, wenn ein Vorstand oder Prokurist einer Aktiengesellschaft unter Verstoß gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot einem Mitglied des Betriebsrats ein überhöhtes Arbeitsentgelt gewährt.

a) Die hierfür erforderliche Vermögensbetreuungspflicht ergibt sich im Hinblick auf das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft aus § 93 Abs. 1 AktG (vgl. BGH, Urteile vom 12. Oktober 2016 – 5 StR 134/15, NJW 2017, 578, 579; vom 17. September 2009 – 5 StR 521/08, BGHSt 54, 148, Rn. 36; vom 21. Dezember 2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331, Rn. 13; Achenbach/Ransiek/Rönnau/Seier/Lindemann, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, § 266 StGB, S. 879 f.; Stam, JR 2022, 200; aA, aber nicht tragend, BGH, Beschluss vom 13. September 2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288, Rn. 38; Koch/Kudlich/Thüsing, ZIP 2022, 1, 4; Johnson, CCZ 2021, 75, 80). Prokuristen trifft eine Vermögensbetreuungspflicht bereits aus der Prokura als solcher (vgl. Hessisches LAG, Urteil vom 9. Juni 2009 – 12 Sa 942/06, Rn. 39; Kindhäuser/Hilgendorf, StGB, 9. Aufl., § 266 Rn. 35; Leitner/Rosenau/Jahn/Ziemann, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., StGB § 266 Rn. 74). Eine strafrechtliche Ausfüllung dieser Vermögensbetreuungspflicht durch weitere – namentlich vermögensschützende – Vorschriften, Satzungsbestimmungen, vertragliche Verpflichtungen, den vom Landgericht herangezogenen Deutschen Corporate Governance Kodex oder hierzu abgegebene Entsprechenserklärungen ist aus Rechtsgründen nicht erforderlich (vgl. BGH, Urteile vom 10. Oktober 2012 – 2 StR 591/11, NJW 2013, 401, 403; vom 17. September 2009 – 5 StR 521/08, aaO; vom 21. Dezember 2005 – 3 StR 470/04, aaO).

b) Diese Vermögensbetreuungspflicht wird verletzt, wenn einem Betriebsrat ein Arbeitsentgelt bewilligt wird, das gegen das betriebsverfassungsrechtliche Begünstigungsverbot (§ 78 Satz 2 BetrVG) verstößt. Eine solche begünstigende Verfügung führt zu einem verbotenen Vermögensabfluss und ist nichtig (§ 134 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 17. September 2009 – 5 StR 521/08, aaO, Rn. 34; BAG, Urteile vom 21. März 2018 – 7 AZR 590/16, Rn. 16; vom 8. November 2017 - 5 AZR 11/17, Rn. 31; Beschluss vom 20. Januar 2010 – 7 ABR 68/08, Rn. 10; Fitting, BetrVG, 31. Aufl., § 37 Rn. 11). Sie überschreitet die in § 93 Abs. 1 AktG normierten und auch der Prokura eigenen äußersten Grenzen des (unternehmerischen) Ermessens und verletzt eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Vermögen.

Steht fest, dass gegen § 93 Abs. 1 AktG verstoßen worden ist, bleibt kein Raum für die Prüfung, ob dieser Verstoß gravierend oder evident ist (vgl. BGH, Urteil vom 12. Oktober 2016 – 5 StR 134/15, aaO; Rönnau, NStZ 2006, 214, 220; aA Koch/Kudlich/Thüsing, aaO, S. 5). Auch das Einverständnis des Vermögensinhabers steht der Pflichtverletzung nicht entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 2009 – 5 StR 521/08, aaO, Rn. 37; Esser, Die Begünstigung von Mitgliedern des Betriebsrats, 2013, S. 185). Ein hierdurch verursachter Vermögensnachteil ist nicht kompensiert; dies gilt selbst dann, wenn durch die Zahlungen die vertrauensvolle Zusammenarbeit zum Wohle des Unternehmens gefördert worden sein sollte (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Juni 2018 – 4 StR 561/17, NStZ-RR 2018, 349, 350; Urteil vom 17. September 2009 – 5 StR 521/08, aaO, Rn. 38; Esser, aaO, S. 183; Rieble, CCZ 2008, 32, 35; Strauß, NZA 2018, 1372, 1377; aA Koch/Kudlich/Thüsing, aaO, S. 5; Zwiehoff in FS Puppe, 2022, S. 1337, 1343, 1350).

c) Zutreffend hat das Landgericht auch die Kriterien für einen Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG bestimmt. Demnach schließt die gesetzliche Regelung des § 37 Abs. 4 Satz 1 BetrVG – wonach das einem Betriebsrat zu zahlende Arbeitsentgelt nach der Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher Entwicklung zu bemessen ist – eine Bewertung der Betriebsratstätigkeit für Vergütungszwecke aus (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 2009 – 5 StR 521/08, aaO, Rn. 33; Dzida/Mehrens, NZA 2013, 753, 755; Rütters, NJW 2007, 195, 196). Das gilt auch für im Betriebsratsamt erworbene Qualifikationen, soweit sie nicht im Zusammenhang mit der bisherigen Arbeitstätigkeit stehen (vgl. Fitting, aaO, § 37 Rn. 120; Byers, NZA 2014, 65, 66). Denn die Betriebsratstätigkeit ist unentgeltlich auszuüben, wobei im Interesse der Unabhängigkeit ein strenger Maßstab anzulegen ist (vgl. Fitting, aaO, § 37 Rn. 7). Dieser verbietet es, auf die hypothetische Gehaltsentwicklung des Betriebsrats bei einer Sonderkarriere abzustellen. Vergleichbar ist vielmehr nur, wer im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt hat und dafür in gleicher Weise wie der Betriebsrat fachlich und persönlich qualifiziert war (vgl. BAG, Urteil vom 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15 mwN; LAG Düsseldorf, Urteil vom 17. April 2019 – 7 Sa 1065/18, Rn. 152). Üblich ist eine Entwicklung, wenn die überwiegende Anzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer eine solche typischerweise bei normaler betrieblicher und personeller Entwicklung genommen hat. Diese Regeln gelten auch für Beförderungen (vgl. Fitting, aaO, § 37 Rn. 8). Ein Aufstieg ist insbesondere nur dann betriebsüblich, wenn die Mehrzahl der vergleichbaren Arbeitnehmer einen solchen erreicht hat (vgl. BAG, Urteile vom 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19, Rn. 22; vom 21. Februar 2018 – 7 AZR 496/16, Rn. 17; vom 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15, Rn. 16; Fitting, aaO, § 37 Rn. 123). Die Zahlung einer höheren Vergütung setzt voraus, dass der Betriebsrat nur infolge der Amtsübernahme nicht in die entsprechend vergütete Position aufgestiegen ist (vgl. BAG, Urteil vom 22. Januar 2020 – 7 AZR 222/19, Rn. 30 mwN). Darüber hinaus gehende Vergütungserhöhungen verstoßen gegen das Begünstigungsverbot aus § 78 Satz 2 BetrVG (vgl. BAG, Urteile vom 27. Juli 2017 – 6 AZR 438/16; vom 18. Januar 2017 – 7 AZR 205/15; vom 4. November 2015 – 7 AZR 972/13; LAG Düsseldorf, Urteil vom 17. April 2019 – 7 Sa 1065/18, Rn. 149; Fitting, aaO, § 78 Rn. 22).

d) Ebenfalls zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die für die Bewilligungen maßgeblichen Vergleichspersonen nicht diesen Grundsätzen entsprechend ausgewählt wurden. Denn diese haben zum Zeitpunkt der Amtsübernahme weder ähnliche Tätigkeiten wie die betreffenden Betriebsräte ausgeführt, noch waren sie in gleicher Weise qualifiziert.

Unzutreffend ist die von den Angeklagten in Anspruch genommene Auffassung, wonach es bei besonderen Umständen abweichend von den vorbezeichneten Grundsätzen auf eine individuelle hypothetische Ausnahmekarriere des Betriebsrats als Manager ankomme und dementsprechende Vergleichspersonen zu bestimmen seien. Hieran ändert nichts, dass die betreffenden Betriebsräte nach ihrer Amtsübernahme die unternehmenseigene Managementprüfung bestanden oder mit Vorständen und Managern „auf Augenhöhe verhandelt“ (UA S. 42, 44, 111) und als Betriebsrat komplexe Aufgaben wahrgenommen hätten (UA S. 118), in „unternehmerische Entscheidungskomplexe eingebunden“ gewesen seien (UA S. 45), Angebote zum Wechsel in Managementpositionen erhalten oder in der Zusammenarbeit vergütungsrelevante Leistungen gezeigt hätten (UA S. 111). Erst recht kann aus der Betriebsratstätigkeit als solcher nicht geschlussfolgert werden, der Betriebsrat habe „den Marschallstab im Tornister“ (UA S. 118) und könne fortan mit Führungskräften verglichen werden. Denn diese Maßstäbe knüpfen in unzulässiger Weise an die Bewertung der Betriebsratstätigkeit als solcher an und finden keine Stütze im Betriebsverfassungsgesetz (vgl. NK-ArbR/Waskow, 2016, BetrVG § 78 Rn. 25; Byers, aaO, S. 65; Dzida/Mehrens, aaO, S. 755; Giesen, RdA 2020, 155, 164, 166; Jacobs, NZA 2019, 1606, 1609; Jousen, RdA 2018, 193, 196; Rieble, aaO, S. 34; Schrader/Klagges/Siegel/Lipski, NZA 2022, 456, 459; Schweibert/Buse, NZA 2007, 1080, 1081; Stück, ArbRAktuell 2017, 512, 513; ders. CCZ 2020, 338, 341; Zwiehoff, aaO, S. 1340; aA Annuß, NZA 2020, 20, 23; ders. NZA 2022, 247, 248; ders. NStZ 2020, 201,

204; Baade/Reiserer, DStR 2022, 155, 159; Bachner/Engesser Means, NZA 2020, 422, 425; Koch/Kudlich/Thüsing, aaO, S. 2; Strauß, aaO, S. 1373; Thüsing, NZA 2022, 831).

2. Das Urteil hält gleichwohl sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand. Denn die vom Landgericht getroffenen Feststellungen zu den objektiven Voraussetzungen des Untreuetatbestandes genügen nicht den Anforderungen (vgl. § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO).

a) Bei einem Freispruch wegen fehlenden Vorsatzes muss das Tatgericht die für erwiesen gehaltenen Tatsachen so darstellen, dass dem Revisionsgericht eine Überprüfung des Urteils auf Rechtsfehler möglich ist. Die hierzu erforderliche geschlossene Darstellung der äußeren Tatsachen hat insbesondere solche zu umfassen, die einen Rückschluss auf innere Umstände zulassen können (vgl. BGH, Urteile vom 18. Dezember 2012 – 1 StR 415/12, Rn. 25; vom 27. Februar 1991 – 3 StR 449/90, NStZ 1991, 400; LR-StPO/Stuckenberg, 27. Aufl., § 267 Rn. 165; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl., § 267 Rn. 33a; MüKoStPO/Wenske, § 267 Rn. 487). Dem werden die Urteilsgründe im Hinblick auf das bei der V. AG im Tatzeitraum geltende Vergütungssystem, die Maßstäbe für einen Aufstieg in höhere Managementkreise und die für die Bemessung von Bonuszahlungen maßgeblichen Kriterien nicht gerecht.

b) Das Landgericht hat das Vorliegen des objektiven Tatbestands der Untreue darauf gestützt, den Betriebsräten seien unzulässig hohe Vergütungen in Form von monatlichen Entgelten und Bonuszahlungen gewährt worden. Zwar hat es festgestellt, in welcher Höhe die Angeklagten Bonuszahlungen und Steigerungen der monatlichen Entgelte zu Gunsten der Betriebsräte bewilligten. Die Urteilsgründe verhalten sich aber nicht dazu, an welchen Maßstäben sich die jeweilige Entscheidung ausrichtete. Hierzu wäre mitzuteilen gewesen, nach welchem System die Vergütung von Angestellten der V. AG generell geregelt war, welche Kriterien für die Einordnung in „Kostenstellen“ und „Entgeltgruppen“ galten, nach welchen Maßstäben ein Aufstieg in höhere „Entgeltgruppen“ vorgesehen und unter welchen Voraussetzungen das Entgelt ohne Wechsel der Entgeltgruppe zu erhöhen war.

Darüber hinaus ergibt sich aus dem angefochtenen Urteil nicht, welche Regeln für die Aufnahme in die verschiedenen „Managementkreise“ sowie die Teilnahme am „Management Assessment Center“ galten und welche Entgelterhöhungen und Sachleistungen damit verbunden waren.

Mit Blick auf die gewährten Boni lässt sich dem Urteil schließlich nicht entnehmen, welche Maßstäbe den Entscheidungen der Angeklagten N., Bl. und R. über die Gewährung von Bonuszahlungen und über deren Höhe zugrunde lagen. Unklar bleibt in diesem Zusammenhang auch, ob und in welcher Höhe dem Betriebsrat O. im Jahr 2011 oder für dieses Jahr ein Bonus bewilligt worden ist.

c) Der Senat kann wegen dieser unzureichenden Feststellungen nicht beurteilen, ob – wie vom Landgericht angenommen – die Bewilligung der Arbeitsentgelte den aufgezeigten betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätzen widerspricht. Dies betrifft sowohl die Einordnung in Entgeltgruppen – zumal, wenn diese an „Managementkreise“ und den Zugang zum „Management Assessment Center“ gebunden waren – als auch die Gewährung von Boni. Zwar können letztere zum Arbeitsentgelt im Sinne von § 37 Abs. 2 BetrVG zählen (vgl. BAG, Urteil vom 29. April 2015 – 7 AZR 123/13; Fitting, aaO, § 37 Rn. 127). Hierzu ist aber erforderlich, dass sich der Bonus als eine (zusätzliche) Gegenleistung für die erbrachte Arbeit darstellt. Es kommt darauf an, ob diese Leistung als Fortzahlung des Arbeitsentgelts für die Dauer der Freistellung des Betriebsrats anzusehen ist (vgl. BAG, Urteil vom 29. April 2015 – 7 AZR 123/13, Rn. 16). Zur Beantwortung dieser Frage wäre mitzuteilen gewesen, nach welchen Regeln über die Gewährung von Boni und deren Höhe für die zutreffenden Vergleichspersonen und die Betriebsräte entschieden wurde.

3. Darüber hinaus begegnet die Beweiswürdigung zum Vorsatz der Angeklagten N., S. und R. durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Spricht das Gericht einen Angeklagten frei, weil es Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist dies durch das Revisionsgericht grundsätzlich hinzunehmen. Die Beweiswürdigung erweist sich aber etwa dann als rechtsfehlerhaft, wenn sie lückenhaft ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 14. Juli 2022 – 6 StR 227/21, Rn. 36; vom 11. März 2021 – 3 StR 316/20, NStZ 2022, 161; vom 25. November 2020 – 5 StR 493/19, Rn. 42); dies ist hier der Fall.

Im Hinblick auf die Angeklagten N., S. und R. hat das Landgericht bei seiner Beweiswürdigung zur subjektiven Tatseite des § 266 Abs. 1 StGB ausschließlich auf die Einstufung der Betriebsräte in bestimmte Entgeltstufen und die damit verbundene Höhe ihrer Bezüge abgestellt.

So hat es etwa bei dem Angeklagten S. dessen fehlenden Vorsatz damit begründet, dass sich aus der von ihm bewilligten „geringen anteiligen Erhöhung“ des Monatsgehalts des Betriebsrats O. „um weitere 500 Euro“ von 12.400 Euro auf 12.900 Euro „keine Zweifel an der Höhe der gewährten Vergütung“ ergeben hätten (UA S. 115, 117); auch bei der Prüfung des Vorsatzes der Angeklagten N. und R. hat das Landgericht allein die Einordnung der Betriebsräte in bestimmte Entgeltstufen in den Blick genommen. Die den Betriebsratsmitgliedern über ihre jeweiligen Grundgehälter hinaus gewährten Bonuszahlungen hat es bei der Prüfung des Vorsatzes hingegen vollständig außer Betracht gelassen. Dies erweist sich als lückenhaft.

Denn die sich aus der Eingruppierung in eine bestimmte höhere Entgeltstufe ergebende Vergütung des Betriebsrats oder die Aufstockung seiner monatlichen Zahlungen etwa um einen Betrag von 500 Euro mögen zwar für sich gesehen nicht außergewöhnlich hoch gewesen sein. In die erforderliche Gesamtwürdigung (vgl. BGH, Urteile vom 7. Juli 2022 – 4 StR 28/22, Rn. 9; vom 8. Juni 2022 – 2 StR 503/21, Rn. 11; vom 6. September 2006 – 5 StR 156/06, Rn. 16) hätte das Landgericht – gegebenenfalls nach den gebotenen Feststellungen über eine Bonuszahlung an O. für das Jahr 2011 – aber einstellen müssen, dass die zusätzliche Gewährung eines Bonus die jährlichen Zuwendungen auf teils sehr hohe sechsstelligen Beträge ansteigen ließ. Diese für Arbeitnehmer außergewöhnlichen Zahlungen können ein gewichtiges Indiz für den Vorsatz sein.

IV.

Die Freisprüche der Angeklagten haben daher keinen Bestand. Eine Aufrechterhaltung von Feststellungen kommt nicht in Betracht, weil die Angeklagten deren rechtsfehlerfreies Zustandekommen nicht überprüfen lassen konnten.

Für die neue Verhandlung und Entscheidung weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Sollte das neue Tatgericht wiederum die von den Ermittlungsbehörden als vergleichbar erachteten Personen berücksichtigen wollen, wird es deren berufliche Qualifikation darstellen und sorgfältig beurteilen müssen, vor allem, wenn – wie bei den für O. ausgewählten Vergleichspersonen T. und We. – diese im Gegensatz zum Betriebsratsmitglied nicht über eine abgeschlossene Berufsausbildung verfügen. Zudem wird das neue Tatgericht Feststellungen dazu treffen müssen, welche arbeitsvertragliche Bedeutung die Berufung der Angeklagten in die verschiedenen Managementkreise hatte (vgl. Schrader/Klagges/Siegel/Lipski, aaO; Bachner/Engesser Means, aaO, S. 427). Einem damit verbundenen Statuswechsel kann indizielle Wirkung beim subjektiven Tatbestand zukommen.

2. Sofern auch das neue Tatgericht die objektiven Voraussetzungen einer Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB als gegeben erachtet, wird es Gelegenheit haben, eingehender als bislang geschehen zu prüfen, ob es sich bei einer etwaigen Fehlvorstellung der Angeklagten zur Rechtmäßigkeit ihres Handelns um

einen Irrtum über tatsächliche Umstände (§ 16 StGB) oder einen Verbotsirrtum (§ 17 StGB) handelt (vgl. BGH, Urteile vom 14. Juli 2021 – 6 StR 282/20, Rn. 40; vom 17. September 2009 – 5 StR 521/08, aaO, Rn. 47; vom 21. Dezember 2005 - 3 StR 470/04, Rn. 85). Gegebenenfalls wird zu bedenken sein, dass ausreichende Unrechtseinsicht hat, wer bei Begehung der Tat mit der Möglichkeit rechnet, Unrecht zu tun, und dies billigend in Kauf nimmt (vgl. BGH, Urteile vom 24. März 2021 – 6 StR 240/20, BGHSt 66, 76, Rn. 33; vom 21. Juli 1999 – 2 StR 24/99, BGHSt 45, 148, Rn. 18; vom 7. März 1996 – 4 StR 742/95, NStZ 1996, 338). Das gilt insbesondere, wenn dem Handelnden bewusst war, dass er sich in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2008 – 3 StR 394/07, Rn. 41).

Sofern das neue Tatgericht zur Annahme eines Verbotsirrtums gelangt, ist der Frage nach dessen Vermeidbarkeit besonderes Augenmerk zu widmen. Das Vertrauen auf eingeholten anwaltlichen Rat vermag nicht in jedem Fall einen unvermeidbaren Verbotsirrtum des Täters zu begründen. Ein Gutachten, das „rechtlichen Flankenschutz für die tatsächliche Handhabung“ (UA S. 123) bieten soll, wird besonders kritischer Würdigung bedürfen (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2008 – 3 StR 394/07, Rn. 40). Mit Blick auf die zahlreichen Wortmeldungen in der Fachöffentlichkeit im Vorfeld und während der verfahrensgegenständlichen Taten, welche die von den Angeklagten angewandten Bemessungskriterien für die Vergütung von Betriebsräten – teils auch speziell für die V. AG – für unzulässig erachteten (vgl. etwa Dzida/Mehrens, aaO, S. 755; Rieble, aaO, S. 34; Rütters, aaO, S. 195; Schweibert/Buse, aaO, S. 1080), läge die Unvermeidbarkeit jedenfalls nicht auf der Hand.